اطروحات جامعية لحقوق الإنسان - ١

رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

هشام محمد فوزى

تقديم

محمد مرغنى خيرى

مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

ملحوظة

ورد محتوى هذا الكتاب بصورة أكثر تفصيلا وإسهابا فى رسالتنا للدكتوراة بعنوان رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر التى نوقشت فى ١٩٩٨/٤/٢١، وحصلت على تقدير جيد جدا مع التوصية بتبادلها مع الجامعات الأجنبية، وقد تشكلت لجنة المناقشة والحكم من كل من:

١.أ. د. محمد ميرغنى خيرى

أستاذ القانون العام بجامعة عين شمس مشرفا ـ ورئيسا.

٢.المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة الدستورية العليا السابق ـ عضوا

٣.أ. د. ربيع أنور فتح الباب

أستاذ القانون العام بجامعة عين شمس عضوا.

رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

- هو هيئة علمية وبحثية وفكرية تستهدف تعزيز حقوق الإنسان في العالم العربي ويلتزم المركز في ذلك بكافة المواثيق والعهود والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان. يسعى لتحقيق هذا الهدف عن طريق الأنشطة والأعمال البحثية والعلمية والفكرية بما في ذلك البحوث التجريبية والأنشطة التعليمية.
- يتبنى المركز لهذا الغرض برامجا علمية وتعليمية، تشمل القيام بالبحوث النظرية والتطبيقية، وعقد المؤتمرات والندوات والمناظرات والحلقات الدراسية. ويقدم خدماته للدارسين في مجال حقوق الإنسان..
- لا ينخرط المركز في أية أنشطة سياسية ولا ينضم لأية هيئة سياسية عربية أو دولية تؤثر على نزاهة أنشطته، ويتعاون مع الجميع من هذا المنطلق.

رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

الدكتور هشام محمد فوزى عبد الفتاح

المستشار المساعد بمجلس الدولة
عضو هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا «ندبا»

تقديم:

الدكتور محمد مرغنى خيرى

أستاذ القانون العام بجامعة عين شمس

رقابة دستورية القوانين

هشام محمد فوزي

الناشر : مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

٩شارع رستم – جاردن ستي – القاهرة

تليفون : ٣٥٤٣٧١٥ – ٣٥٥١١١٢

فاكس : ٣٥٥٤٢٠٠

العنوان البريدي: ص ب:١١٧ مجلس الشعب–القاهرة

E.mail cihrs@idsc.gov.eg

إخراج : مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

رقم الإيداع

١٩٢٣ / ٩٩

الترقيم الدولي

I.S.B.N.

بسم الله الرحمن الرحيم

من يهد الله فهو المهتد

ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا

سورة الكهف «آية ١٧»

إهداء

أهدى هذا الجهد المتواضع إلى:

١ - شيوخ قضاة مصر أعضاء المحكمة الدستورية العليا، عله يكون آية على جيل من قضاة مصر، وقر فى قلبه وضميره وصدقه عقله وعمله ما ترسيه المحكمة المبجلة من مبادئ سامية.

٢ - العالم الجليل والوالد النبيل الأستاذ الدكتور/ محمد مرغنى خيرى، المشرف على الرسالة، تعبيرا عن الحب والعرفان والتقدير.

٣ - زوجتى السيدة/ جيهان صادق - المسئول الإعلامى بالأمم المتحدة *UNICEF*.. لجهودها الجبارة المساهمة فى إعداد هذه الرسالة.

كلمة الرسالة

يقول إلكسندر هاميلتون - أحد واضعى الدستور الأمريكى - «إن الحقوق التى ينبغى تقديسها للبشر لا يجوز أن يكون بحثنا عنها من خلال أوراق، أو وثائق عتيقة أو بالية، بل يتعين النظر إليها باعتبار أن يدا إلهية صاغتها ودونتها، كأشعة الشمس فى سجل البشرية، ويستحيل بالتالى أن تمحوها أو تعرقلها سلطة دنيوية تتعرض للفناء».

ويقول القاضى روبرت جاكسون - عضو المحكمة العليا الأمريكية منذ ١٩٤١ إلى ١٩٥٥ - «إن نهائية ما يقضى به قضاة المحكمة العليا لم يأت من عصمتهم، بل إن العصمة حقا مردها لتلك النهائية».

We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.

تقديم

لقد سعدت أعظم سعادة لما أخطرنى أحد تلامذتى السابقين بالدبلومات وهو المستشار المساعد/ هشام محمد فوزى برغبته فى أن أشرف على رسالته للدكتوراه بعنوان/ رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، ومرد ذلك إلى أمرين.

أولهما: أن رقابة دستورية القوانين أمر شديد الأهمية ولا يمكن إغفاله، إذ بدأ كل مواطن فى مصر يشعر بأهمية تلك الرقابة وبدورها المؤثر فى حياته، وذلك على الأخص منذ بداية التسعينيات من هذا القرن، إذ نشطت محكمتنا الدستورية العليا بصورة غير مسبوقة ولا معهودة فى رقابتها للدستورية، وتدخلت تلك المحكمة فى كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية بجرأة تحسد عليها لدرجة أنه لو حافظت المحكمة على نهجها فربما يمكن الاستغناء عن منظمات حقوق الإنسان اعتمادا عليها.

ثانيهما: أن ابنى/ هشام ينتمى إلى قضاء مجلس الدولة، وقضاءا المشروعية والدستورية ـ فى اعتقادى ـ صنوان أو وجهان لعمله واحدة، ومن ثم فإن قضاة المشروعية والدستورية يفهمون بعضهم البعض أكثر من غيرهم، إذ يسيرون على وتيرة واحدة دون تمسك حرفى بقوالب جامدة، وهكذا يكون قاضى المشروعية مسلحا ـ ومن زاوية أولية ـ بما يلزم لسبر غور المسألة الدستورية وفهم كنهها ومحتواها بعد إزالة ضبابها وضلالاتها، بل يمكنه أن ثابر وجاهد الإضافة إليها ـ كما فعل الباحث.

وقد لاحظت على الباحث إبان سنوات إعداده للرسالة تحمسه البالغ للموضوع وحرصه على دراسة الوضع المقارن فى أمريكا بنوع من التفصيل.

وبعد أن انتهى إعداد الرسالة واشتد عودها واستوت على سوقها لاقت ما تستحقه من تقدير وثناء من لجنة المناقشة والحكم التى شرفت برئاستها.

والواقع أنه قدمت العديد من الرسائل التى تناولت موضوع رقابة الدستورية فى مصر إلا أن لهذه الرسالة الحالية سمة خاصة حيث إن معدها قد أمكنه الرجوع مباشرة إلى أحدث الأحكام الصادرة فى الولايات المتحدة الأمريكية ـ مهد الرقابة على دستورية القوانين ـ ولذا فإن إعدادها بعد حوالى أربعين عاما من الرسالة الأولى فى الموضوع التى أعدها الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد وبعد عشر سنوات من رسالة المستشار الدكتور عادل عمر شريف، كان أمرا غاية فى الأهمية، وحالف التوفيق توقيت إعدادها، حيث عاصر مرحلة كانت محكمتنا الدستورية العليا فى أوج نشاطها.. ونأمل أن تستمر عليه إن شاء المولى.

وبالترتيب على ما تقدم فإن هذه الرسالة تعد ركيزة أساسية فى الموضوع ولا يجاريها إلا القليل ومما يدعم وجهة نظرى الآنفة وجود مردود عملى كبير لما طرحته الرسالة من أفكار نمثل له على النحو التالى: ـ

١ ـ هاجمت الرسالة بشدة الرقابة السياسية وأوضحت عيوبها ومآخذها وقد حدث عملا أن حوكم المفكر الإسلامى رجاء جارودى استنادا لقانون «جيسو» والذى يحظر أى مناقشة أو بحث للقرارات التى صدرت عن محكمة نور مبرج لمجرمى الحرب العالمية الثانية، وبالتالى يحظر أى بحث أو تساؤل عما تعرض له اليهود على يد النازى، وكلنا يعلم الهجوم الكبير الذى تعرض له هذا القانون بحسبانه يخل بحرية التعبير لدرجة أن البعض اعتبره مشبوها فى دستوريته من واجهته، ومع ذلك فلم يكن هناك حيلة أمام القضاء الفرنسى سوى

تطبيقه، وهكذا يتحول القضاء فى ظل الرقابة السياسية لآلة صماء لتطبيق القوانين دون بحث دستوريتها.

٢ - تعرضت الرسالة لنظام المحقق المستقل، وقد تابع العالم أجمعه التحقيق مع الرئيس الأمريكى بيل كلينتون استنادا لهذا النظام نظرا لاتهامه بعلاقة آثمة مع المدعوة مونيكا لوينسكى المتدربة السابقة بالبيت الأبيض.

٣ - طالبت الرسالة بتعيين المرأة كقاضية، وكلنا يلمس كيف أصبح يعلو نغمة هذا المطلب حاليا فى وسائل الإعلام - بغض النظر عن موقفنا الشخصى من الأمر - بل إن نادى القضاة عقد مؤتمرا فى هذا الشأن، وعينت مؤخرا امرأة لأول مرة كرئيس النيابة الإدارية.

٤ - امتدحت الرسالة أداء المحكمة الدستورية العليا الاقتصادى خاصة حكمها الهام المتعلق بضرورة الحفاظ على سلطة البنك المركزى على البنوك التجارية إذ إن العودة إلى اقتصاد السوق فى ظل ظروف العرض والطلب لا يعنى أن تكون الحرية إلى منتهاها، إذ أن انهيار البنوك كارثة كبرى.

ونلمس حاليا جميعا الانهيار الذى حدث للدول المسماة بالنمور الآسيوية والذى مردة وفقما أعلن السيد رئيس الجمهورية - بعد دراسة أجرتها الحكومة للأمر لتفادى حدوثه لدينا - إلى ضعف إشراف الدولة على البنوك والائتمان فى هذه الدول، وهو الأمر الذى منعته مسبقا المحكمة بحكمها الآنف.

٥ - ولعل أهم نقطة تؤكد وجهة النظر فى أهمية هذه الرسالة هو أن الباحث قد أفرد مبحثا كاملا لبحث مشكلة الأثر الرجعى لأحكام المحكمة الدستورية العليا عامة والخطورة الكبيرة التى تعود على المحكمة منها وخاصة فيما يتعلق بعدم دستورية القوانين الضريبية وحاول تقليل الخطورة الآنفة بالاعتداد بالتقادم، وقد صدق حدس الباحث، إذ ما هى إلا أيام معدودة بعد مناقشة الرسالة وصدر بالفعل القرار الجمهورى رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ناصا على أنه «ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم بعدم دستورية هذا النص».

وقد انشرح صدرى لما علمت بتحمس مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان لطبع هذه الرسالة ونشرها للفائدة المرتجاة من هذا الأمر، ذلك أن الثقافة الدستورية إذا ما انتشرت بين أبناء الوطن هى الحامى الحقيقى للمحكمة الدستورية وللدستور بالتالى.

وآمل نهاية أن يحتذى الباحثون بهذه الرسالة وأن تجذبهم إلى القانون الدستورى، إذ لازال الأمر يحتاج إلى العديد من الرسائل فى هذا المجال.

وليحفظ الله الأمة العربية والإسلامية

وليحفظ الله الوطن

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أستاذ دكتور/ محمد مرغنى خيرى

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق جامعة عين شمس

مقدمة

إن موضوع الرقابة على دستورية القوانين هو موضوع عظيم الشأن بحسبان أنه هو الوسيلة اللازمة لرد طغيان السلطة التشريعية وإرجاعها إلى حدودها الدستورية، ومن ثم فهو الوسيلة الأساسية لضمان نفاذ القاعدة الدستورية، وبغيره ربما تغدو تلك القاعدة خلوا من جزاء موضوعى على مخالفتها. ولهذا فإن الدول ذات الدساتير الجامدة ما فتئت تهتم بهذا الموضوع صونا لدستورها ومحافظة على سموه.

وما من شك فى أن التجربة الأمريكية هى التجربة الرائدة فى هذا المجال، وقد بدأت بقضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية ماربرى ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، إذ أكدت المحكمة حقها فى رقابة دستورية التشريعات أو بالأدق الامتناع عن تطبيق التشريعات التى ترى تعارضها مع الدستور وأعملت بالفعل لازم ذلك ومقتضاه، ومنذ ذلك التاريخ وحتى كتابة هذه السطور لازالت التجربة الأمريكية تطور من الرقابة وحدودها وقيودها.

والحق أن موضوع الرقابة الدستورية فى أمريكا تناوله بشكل شامل ومتعمق أستاذنا الدكتور/ كمال أبو المجد فى رسالته فى هذا الشأن والتى تمت مناقشتها فى ٨ فبراير ١٩٥٨ وبعد ذلك جاءت رسائل أخرى لتتناول هذا الموضوع، ورغم تقديرنا لها، إلا أنه مازال فى الجعبة الكثير مما يمكن بذله لتغطية هذه التجربة الرائدة ولاستكمال ما توقفت عنده الرسائل.

وإذا كان ما سلف هو سبب اختيارنا هذا الموضوع للبحث فيه فإن هناك سببا آخر دفعنا إليه ولايقل أهمية عن السبب الأول ألا وهو أن التجربة المصرية تتطور هى الأخرى تطورا كبيرا وخاصة منذ إنشاء المحكمة العليا سنة ١٩٦٩ والتى خلفتها المحكمة الدستورية العليا سنة ١٩٧٩، والمتتبع لأحكام المحكمة الأخيرة يجد أن تلك المحكمة تقترب فى الكثير من اتجاهاتها من أحكام المحكمة العليا الأمريكية، ومن ثم فإن فهم رقابة الدستورية فى أمريكا وتحليلها وفهم رقابة الدستورية فى مصر وتحليلها والموازنة والمقارنة بين النظامين، سوف يساهم ولاغرو فى إثراء الفكر القانونى وسوف يكون له نتائجه العملية.

وهذا التقارب بين أحكام المحكمتين لايعنى وحسبما أُدعى تبعية محكمتنا المصرية لنظيرتها الأمريكية أو تقيدها بالدستور الأمريكى، وإنما مرده الحقيقى إلى أن المبادئ الدستورية باتت ذات مفهوم عالمى مستقر فى الضمير الإنسانى، وأصبح مألوفا ظاهرة هجرة المبادئ الدستورية، فلما يعرض قضاء على محكمتنا الدستورية فإنها تتأمل فى المبادئ المستقرة عالميا فى المحاكم الدستورية والدولية المختلفة وأولها وأهمها المحكمة العليا الأمريكية بحسبانها أقدم تلك المحاكم عمرا و أكثرها خبرة وأمتنها ثباتا واستقرارا، لتستأنس بتلك المبادئ فى إطار من الالتزام بأحكام الدستور المصرى.

هذا ولاتعد العبرة حقيقة بحرفية النص الدستورى، وإنما بتلك المبادئ المستقرة فى الضمير الإنسانى والتى تشتق ضمنا من نصوص الوثيقة الدستورية، ولذلك تعمدنا أن تكون كلمة الرسالة هى تلك التى قررها إلكسندر هاميلتون والمؤيدة للمعنى الآنف.

ويوجد سبب آخر للتقارب هو أنه وإن جاز القول بأن المحكمة العليا الأمريكية هى المصنف الأول عالميا على مستوى المحاكم الدستورية، فإن محكمتنا وإن كانت حديثة النشأة إلا أنها لاتقل عن ذلك الترتيب كثيرا فهى ذات أداء عالمى أيضا، ومن ثم من الطبيعى نتيجة هذا التقارب فى المستوى أن يتناغم الأداء بين كلتا المحكمتين فتتداخل المعانى وتتضافر الجهود ليحدث تقارب شديد فى تلك الأحكام التى تحمى حقوق الإنسان

على اختلافها السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

ومع ذلك فالاختلاف بين المحكمتين موجود وقائم في بعض الأمور مثل المسائل الدينية والتي تتأثر باختلاف النصوص الدستورية حولها والبيئة المحيطة، فبينما تتدخل الشريعة الإسلامية بنصوصها قطعية الثبوت والدلالة لتكون هي مناط قياس دستورية أي نص تشريعي تم إصداره بعد التعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ بجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، نجد أن الحرية الدينية هي الأساس وفق نص التعديل الأول للدستور الأمريكي.

وبعد، فلعل هذه الدراسة ومثيلاتها تكون فاتحة شهية لفقهاء القانون العام نحو مزيد من البحث في القضاء الدستوري المقارن، فمن عجب أن فقه القانون العام يضع جل تركيزه على القضاء والقانون الإداريين رغم استقرار مبادئهما كتلك المتعلقة بالموظف العام والمرفق العام والتي تكاد تكون قد قتلت بحثا، بينما يهمل القضاء الدستوري ويترك العبء كله للمحكمة الدستورية.

ونرى أن القضاء الدستوري - قياسا على سوق المال المصري إن جاز ذلك القياس - هو سوق صاعد واعد والاستثمار الفقهي فيه شديد الربحية والمحكمة الدستورية في أمس الحاجة إليه تحقيقا لاتساع الفائدة وعظم النفع.

وفي ظل عالم أحادي القطبية وبعد إقرار اتفاقية الجات ودخول العالم في اتفاقيات ومعاهدات لابد أن تتسق مع القالب الأمريكي، فإن نمط المدرسة الأمريكية سوف ينمو يقينا على مستوى العالم كله على حساب النمط اللاتيني أو الفرنسي، ولن يقتصر ذلك على المجال الدستوري فحسب وإنما ينتظر أن يشمل كافة الأفرع القانونية.

وسوف ننتهج - إن شاء الله - في هذه الرسالة منهج بحث قضائي مقارن يعتمد على التحليل القضائي المقارن لأحكام القضاء الدستوري الأمريكي والمصري مع تناول لآراء الفقه الأمريكي والمصري كلما كان ذلك ضروريا.

وقد قسمنا هذه الرسالة إلى خمسة أبواب رئيسية وباب ختامي، وقد خصصنا الباب الأول لرقابة دستورية القوانين من حيث نشأتها في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومصر، موضحين فيه تشكيل المحكمة التي تتولى الرقابة ومحلها.

وفي الباب الثاني تناولنا كيفية تحريك الرقابة، حيث يوجد ثلاثة طرق في كل من أمريكا ومصر، طريق مشترك بين البلدين وهو طريق الدفع بعدم الدستورية، أما الطريقان الآخران فهما في أمريكا طريق أوامر المنع وطريق الأحكام التقريرية وفي مصر طريق الإحالة وطريق التصدي.

وطالما كانت هذه الرسالة تقوم على منهج بحث قضائي مقارن فقد رأينا أنه من الأنسب أن نخصص الباب الثالث لذلك الغرض، لإيضاح التطورات الحديثة في رقابة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لدستورية القوانين واتجاهات المحكمة الدستورية العليا في مصر في ممارستها للرقابة مع التركيز على محكمة التسعينات، وهي تلك التي رأس معظم فترتها المستشار الدكتور/ عوض المر- وحتى كتابة هذه السطور.

أما الباب الرابع فقد خصصناه لبيان العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري، إذ إن الحكم الدستوري منطوقا وأسبابا والذي درسناه تفصيلا بالباب الثالث هو خلاصة عوامل تتضافر وتتجمع لتؤدي إليه، وقد ركزنا على تلك العوامل موضحين أهمها وهي مبدأ التقييد الذاتي وهو عبارة عن ضوابط لممارسة

الرقابة تمنع القضاء الدستورى من الانحراف عن أداء دوره إما إيجابا بأن يتحول إلى حكومة القضاة أو سلبا بتقاعسه عن القيام بمهمته الدستورية.

والحق أن نشاط المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى بعض فترات تاريخها قد دفع البعض إلى الاعتقاد بأنها قد تجاوزت دورها فبدأ التفكير فى تقييدها بل وإلغائها، وهو الأمر الذى حدث مثيله بمصر بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا ومن ثم فقد خصصنا الباب الخامس لتلك المحاولات، والذى اشتمل على فكرة الحوار الدستورى بوصفها مانعة من التصادم بين القضاء الدستورى والسلطتين التشريعية والتنفيذية، وتقوم على خطأ المبالغة فى الاعتقاد فى السيادة القضائية المطلقة وفى اعتبار القضاء الدستورى حامى حمى القواعد الدستورية، إذ قد يحمله ذلك ما لايطيقة ولايقدر عليه.

وقد أكد ذلك ما قرره رئيس المحكمة العليا الأمريكية «ايرل وارن» ذات مرة، من أنه يجب على القضاة أن يلعبوا دورا محدودا فى النظام السياسى إذ تقع مسئولية وضع القواعد المتفقة مع الدستور على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل إنه حتى فى ذلك المجال لايجب زيادة الاتكال على السلطتين الآنفتين بحسبان أن ذلك مسئولية كل مواطن.

هذا ومما يؤكد ما سلف أن الرئيس الأمريكى «جيمس بوكانين» كان قد ذكر ذات مرة أن ما تنقسم عليه الأمة الأمريكية بصدد مسألة العبودية تختص به المحكمة العليا دستوريا، وكان جزاء تحميل المحكمة لهذه المسئولية وحدها هو أن حكمها فى قضية «العبد درد سكوت» قد أدى إلى قيام الحرب الأهلية الأمريكية.

والخلاصة أنه لاحماية للحرية والديمقراطية ولمبادئ الحكومة المقيدة بغير رفض للسيادة المطلقة للسلطات الثلاث فى الدولة.

وإذا استقرت فكرة التقييد الذاتى لدى القضاة، فلا خوف على مستقبل الرقابة إذ سيكون أكثر إشراقا وتفتحا وهو ما ختمنا به الباب الخامس.

فإذا استوى الأمر على ما تقدم فقد خصصنا الباب الأخير والختامى من هذه الرسالة ليكون بابا تقييميا لكلتا التجربتين الأمريكية والمصرية موضحين الدور الدستورى لكلتا المحكمتين، والدروس التى يمكن الاستفادة بها من التجربة الأمريكية علها تكون مرشدة للمحكمة الدستورية العليا المصرية فى حاضرها ومستقبل أيامها، وختمناه ببعض التوصيات.

وإذا كانت القاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير، وإذا كانت التجربة المصرية حديثة العهد مقارنة بنظيرتها الأمريكية العتيقة فى العمر فلا بأس أن تستفيد الأولى من الثانية فتأخذ محاسنها وتتجنب مآخذها ومثالبها.

وإذا كانت المحكمة العليا الأمريكية قد مرت بمحنة قاسية إبان عهد الرئيس «روزفلت» لتجاوزها لحدودها الدستورية، فلا بأس أن تتجنب المحكمة الدستورية العليا المصرية حدوث مثل هذا الاصطدام بأن تقيد نفسها داخل حدود الرقابة.

وبعد فهذه الإرهاصات وغيرها سنحاول عبر أبواب وفصول هذه الرسالة أن نوضحها، راجين من المولى العلى القدير أن يوفقنا لما فيه الخير...

الباب الأول

نشأة الرقابة الدستورية
فى أمريكا ومصر

الفصل الأول

نشأة الرقابة الدستورية فى أمريكا

«مصادرها - تشكيل المحكمة العليا التى تتولاها - محلها»

تقسيم:

رقابة الدستورية فى أمريكا هى رقابة امتناع عن تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته وهى ليست رقابة إبطال كما هو الحال فى مصر، ومرجع ذلك إلى أن رقابة الدستورية تكاد تكون المحكمة العليا الأمريكية قد خلقتها خلقا رغم غياب النصوص الدستورية الصريحة المؤيدة لها.

ونرى أن هناك مصادر ساهمت مجتمعة فى نشأة تلك الرقابة وتدعيمها وهى النص الدستورى مع بعض التجاوز فى تفسيره، ووجود رقابة سابقة على ماربرى، ونوايا واضعى الدستور، ومبدأ الفيدرالية، وسابقة ماربرى ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، وأخيرا حقيقة دور المحكمة العليا الأمريكية فى المخطط الدستورى وعدم تعارضه مع الديمقراطية الحقيقية، وبمعنى آخر زوال التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية.

وسوف ندرس كلا مما سلف فى المبحث الأول، وفى المبحث الثانى سنهتم بكيفية اختيار قضاة المحكمة العليا الأمريكية بحسبان أن هذه المحكمة ترأس كافة المحاكم الأمريكية، وهى صاحبة الفضل فى الرقابة الدستورية وفى تقييم القضاء الدستورى لكافة المحاكم الأمريكية الأدنى منها.

وأخيرا سنعرض فى مبحث ثالث من هذا الفصل لمحل الرقابة.

المبحث الأول

مصادر الرقابة الدستورية

تقسيم:

إن رقابة الدستورية تثير العديد من الأسئلة الملحة والتى قد يصعب الرد عليها وهو كيف أن القضاة المعينين مدى الحياة بالمحكمة العليا يستطيعون أن يقرروا بالنسبة لصلاحية سياسات تبناها

ممثلون منتخبون من الشعب؟.

وإذا كان لهذه الرقابة الدستورية الأهمية الكبيرة التى يتحدث عنها فلماذا لم ينص عليها الدستور صراحة؟، وفى مقابل ذلك فلعل المرء يتعجب كيف يمكن للدول المحافظة على دستورها بدون تقرير حق الرقابة الدستورية؟!. وإلى حد ما يمكن القول بأن رقابة الدستورية فيها نوع من الخلق إذ هى طريقة للتشريع القضائى، وقد قال أحد الفقهاء قديما وبالتحديد سنة ١٧١٧ «من كان له السلطة المطلقة فى تفسير أى قانون مكتوب أو مسموع هو فى الحقيقة معطى القانون وليس الإنسان الذى كتبه فى البداية أو قال به [1].

وتطبق الرقابة الدستورية فى أمريكا على مستوى التشريع الفيدرالى وفى الولايات، وكذلك على مستوى القرارات الرئاسية الفيدرالية وتلك الصادرة من الولايات.

وعندما يتخذ المشرع أو رئيس البلاد أفعالا لا تلقى قبولا من المصوتين فإنه يمكنهم عدم إعادة انتخابهما ثانية، ومن ثم فصندوق الانتخاب يمثل امتحانا دوريا لمدى شرعية المنتخبين وإعادة تأكيد لسلطتهم.

ويحدث أن تتخذ المحكمة العليا أحكاما غير مستحبة من المصوتين تلغى بها قرارات صادرة عن الكونجرس المنتخب من الناحية الواقعية وإن كان المنطق القانونى يقضى بأن الأمر هو مجرد امتناع عن تطبيق النص غير الدستورى، إلا أنه وأيا كانت وجهة النظر فإنه يبقى تساؤل هام وهو ما مصدر تلك السلطة الخطيرة ؟.

وكما أسلفنا فهناك مصادر [2] خمسة مجتمعة ساهمت فى نشأة وتدعيم الرقابة هى كالتالى:

أولا : النص الدستورى.

ثانيا: السوابق السابقة على حكم المحكمة العليا فى قضية ماربرى ضد ماديسون.

ثالثا: نوايا واضعى الدستور.

رابعا: تأييد الرقابة من أنصار الفيدرالية وخصومها.

خامسا: قضية ماربرى.

سادسا: زوال التعارض بين الرقابة والديمقراطية.

المطلب الأول

النص الدستورى

المادة (٣) فقرة ١ من الدستور الأمريكى تخول السلطة القضائية فى الولايات المتحدة لمحكمة عليا واحدة ولمحاكم أقل، حسبما يأمر به الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر، وتنص الفقرة الثانية من المادة (٣) على أن السلطة القضائية تمتد إلى جميع القضايا طبقا للعدل والقانون، ومن ثم لا نستطيع القول بأن هناك نص صريح فى الدستور الأمريكى يؤكد الرقابة الدستورية على أعمال الكونجرس.

هذا ويلاحظ أنه رغم أن الدستور لا يعطى سلطة للرؤساء فى الامتيازات التنفيذية، وعزل المعينين من وظائفهم وفى إصدار أوامر تنفيذية لها قوة القانون أو أن يدخلوا فى معاهدات دولية بدون

استشارة وموافقة الكونجرس، فقد وافقت المحكمة العليا على هذه السلطات على أساس من المادة الثانية من الدستور حيث استخلصت منها ضمنيا السلطات السالفة.

ويمكن استخلاص سلطة الرقابة الدستورية ضمنيا من مصدرين أولها المادة الثالثة فقرة ٢ والتى تمد السلطة القضائية إلى كل القضايا طبقا للعدل والقانون والتى تنشأ فى ظل الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات التى أبرمت أو التى ستبرم طبقا لسلطاتها، ثانيها المادة السادسة والتى نصت على الفقرة الشهيرة المعروفة بفقرة السيادة بأنه «... سيكون هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التى ستصدر فيما بعد طبقا له، وجميع المعاهدات المبرمة، أو التى ستبرم، تحت سلطة الولايات المتحدة، القانون الأعلى للبلاد وسيلتزم بذلك القضاة فى كل ولاية ولا يلتفت لأى شيء مخالف لهذا فى دستور أو قوانين أى ولاية».

ويظهر من ذلك أن الرقابة الدستورية على دستور وقوانين الولايات منصوص عليها صراحة بينما الرقابة الدستورية على أعمال الكونجرس ليست كذلك ويبدو أن لذلك حكمة. وقد علق القاضى هولمز [3] ذات مرة على ذلك بأن قرر بالعبارة الآتية «إننى لا أظن أن الولايات المتحدة قد تنتهى لو أن المحكمة العليا قد فقدت سلطتها فى إلغاء قانون صادر عن الكونجرس، وإننى أظن أن الاتحاد سيتعرض للخطر لو أننا لم نستطع إلغاء قوانين الولايات المتعددة ».

المطلب الثانى

الرقابة قبل سابقة ماربرى

هناك عدة سوابق مهدت لتقرير حق الرقابة الدستورية فى قضية ماربرى ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، فالجهود البريطانية التى اتخذت فى سنة ١٧٦٠ وما بعدها لإعادة السيطرة على أمريكا فى صورة قوانين برلمانية قد استفزت المستعمرات لتتهم هذه القوانين بمخالفتها للقانون العام وللمنطق ومن ثم يجب إلغاؤها وقد أثير ذلك فى قضية (العالم الخفى) سنة ١٧٧٦.

ومن أشهر التحديات الأمريكية لقانون برلمانى كان سنة ١٧٦١ عندما ادعى بأن موظفى الجمارك البريطانيين ليس من حقهم إجراء البحث والتفتيش لعدم تزويدهم بتلك السلطة قانونا، وبفرض حدوث ذلك فإنه سيكون مخالفا للدستور والعدالة الطبيعية ومن ثم يجب إلغاء تلك السلطة [4].

وفى سنة ١٧٦٦ قضت محكة فيرجينيا بأن قانون الدمغة غير دستورى، وعشية الاستقلال وجه قاض من ولاية ماساشوست هيئة المحلفين لتقرير أن قوانين البرلمان تنتهك القانون الأساسى ويجب تجنبها.

هذا ومبدأ أن المحاكم تستطيع أن تلغى قانونا صادرا عن البرلمان ظهر فى رأى رئيس القضاة كوك فى قضية دكتور «بونهام» سنة ١٦١٠ بأن قرر بأنه عندما يكون القانون الصادر عن البرلمان مخالفا للقانون العام والمنطق أو به تحيز أو يستحيل تطبيقه فيجب أن تكون السيطرة للقانون العام وعلى القاضى أن يلغى ذلك القانون [5]. وقد تأثر بوجهة النظر هذه عدد من القضاة البريطانيين فى القرن السابع عشر والثامن عشر لكن بالرغم من ذلك لا يمكن القول بأن مبدأ الرقابة الدستورية قد اتخذ جذوره من إنجلترا.

ويمكن القول بأن واضعى الدستور قد تأثروا لحد ما بتعليقات بلاك ستونز والتى كانت رافضة لرقابة الدستورية بحسبانها تعطى سموا للقضاء على المشرع الأمر الذى يكون تأثيره مدمرا [6].

والحقيقة أن جعل القوانين الصادرة عن البرلمان غير صالحة للتطبيق لا يعنى التسليم النهائى بسلطة رقابة الدستورية للمحاكم الأمريكية وخاصة على المستوى القومى، والسوابق التى تؤيد رقابة الدستورية قبل سابقة ماربرى كلها كانت صادرة عن قضاة ولايات وكان هؤلاء القضاة يستخدمون لغة صلفة فى أحكامهم واختلف الدارسون حول قوة هذه السوابق [7].

المطلب الثالث

نوايا واضعى الدستور

فى وقت مؤتمر وضع الدستور توقع بعض الصائغين مسألة الرقابة القضائية وإن لم يكن لديهم نظرية واضحة وكاملة عنها، وقد كان هدف الصائغين الأساسى هو استبدال حكومة مركزية أكثر فاعلية بالاتحاد الكونفيدرالى، وحل المنازعات بين الولايات، ومحاولة الحد من إساءة استعمال التشريع، وكان التركيز الأساسى على كيفية بناء وتنظيم سلطة القضاء الفيدرالى، وبدلا من السيادة التشريعية التى كانت موجودة استنادا إلى نصوص الاتحاد الكونفيدرالى فإن الكونجرس الجديد سيكون واحدا من الأفرع الثلاثة المتساوية والمتعاونة، وخطة فيرجينيا التى قدمها إدموند راندولف ، ونيوجيرسى التى قدمها ويليام باترسون قد هدفتا إلى خلق قضاء مستقل ترأسه المحكمة العليا وبرغم ذلك فهما لم يحسما مسألة خلق محاكم فيدرالية أدنى أم ترك محاكم الولايات كما هى.

ولا شك أنه كان هناك قلق كبير لدى واضعى الدستور تجاه مسألة أن هناك ثلاثة عشر محكمة ولاية يمكنها أن تعلن أحكاما متضاربة، إذ لا يمكن أن ينتج من ذلك إلا النزاع والمشاحنات.

وقد تم حل هذه المشكلة بتبنى فقرة السيادة سالفة الذكر، لكن موضوع الرقابة الدستورية على أعمال الرئيس والكونجرس كان له حظ أوفر من المجادلة و الخلاف.

وقد كان هناك قلق واضح تجاه السلطة قبل التشريعات وقد قال جيمس ماديسون ما معناه أن السلطة التشريعية تمتد لكل مكان وأن نشاطها يجذب كل السلطات لمركزها، وعبر العديد من الممثلين الحاضرين عن نفس الاهتمام، ويمكن التقرير بصفة عامة أن الميل نحو إعطاء المحاكم سلطة نهائية على التشريعات لم يكن ضعيفا.

ومن إحدى المسائل التقليدية لدارسى الدستور هو تحديد كم عدد الصائغين الذين كانوا مع الرقابة الدستورية وقد أوصلها البعض إلى سبعة عشر كما قيل بأنهم كانوا خمسة أو ستة [8].

وهناك دراسات عديدة فى هذا الأمر بها مذاق الروح القتالية مع أو ضد رقابة الدستورية [9]، ورغم ذلك بقى هذا الأمر غير مستقر وهو يضفى روحا كبتية ضد النشاط القضائى، وقد نوقشت مسألة الرقابة الدستورية فى مؤتمر فيلادلفيا كوسيلة لكبح الكونجرس والولايات، ولقد كان من أهم المسائل الخلافية مسألة الاعتراض على التشريعات الصادرة عن الكونجرس، فقد اقترح تكوين مجلس من التنفيذيين والقضاة الفيدراليين لمراجعة التشريعات الصادرة عن الكونجرس قبل العمل بها وقبل ظهور سلبياتها، وقد اعترض البعض على ذلك واقترحوا أن يؤدى ذلك فحسب إلى إعادة

عرض التشريع ثانية على الكونجرس بصورته المعدلة.

وبعض الفقهاء رأوا فى رفض مجلس المراجعة ما يعنى رفض واضعى الدستور للمراجعة القضائية بينما فهمها البعض بأنها عكس ذلك.

وقد قال ماديسون بأن القانون الذى ينتهك الدستور لا بد من إلغائه ولكن هذه المقولة تقتصر على التشريعات الصادرة عن الولايات وليس على المستوى الوطنى، إذ إنه بعد عام من ذلك كتب ماديسون إلى توماس جيفرسون ما مفاده أنه ينكر أن الدستور قد أعطى السلطة للمحكمة العليا فى إلغاء أعمال الكونجرس لأن هذا سيجعل القضاء على القمة وفوق المشرع وهذا لا يمكن أن يكون مقصودا أو مناسبا [10].

وقد قام «جيمس ويلسون» قبالة أن يصبح عضوا بالمحكمة العليا بالدفاع عن مفهوم الرقابة الدستورية فى مؤتمر التصديق ببنسلفانيا إذ يجب أن يبقى المشرع داخل حدود معينة لا يتجاوزها وإلا تدخل القضاء لمنع ذلك.

وقرر أوليفر الزورث أنه يتوقع أن القضاة الفيدراليين سيمتنعون عن تطبيق القوانين المتعارضة مع الدستور.

وفى مؤتمر التصديق بفيرجينيا توقع جون مارشال أيضا أن القضاة الفيدراليين سيمتنعون عن تطبيق القوانين غير الدستورية. ومما سلف يفهم أن رقابة الدستورية قيل بها لطمأنة الولايات إلى أن السلطة الوطنية سوف تكبح ولن تكون مطلقة.

ويلاحظ أن أوراق الفيدرالست تنطوى على العديد من المقالات التى تساند رقابة الدستورية ، والمقالة الرئيسية التى كتبها «هاميلتون» [11] كانت لتخفف من مخاوف الولايات من سلطة الحكومة المركزية وقد استعار منها «جون مارشال» ليدعم وجهة نظره فى قضية ماربرى، ولكن يلاحظ أن تحمس هاميلتون للرقابة الدستورية قد جاء متأخرا إذ إن خطته المقدمة فى مؤتمر فيلادلفيا عام ١٧٨٧ لم تنطو على إعطاء هذه السلطة للقضاء إذ ذكر أن القضاء ليس وكالة للإلغاء.

وفى السنوات ما بين التصديق على الدستور وحتى تقرير مبدأ الرقابة الدستورية شاهد هذا المبدأ محاولات لتقريره وكان غالبيتها بالكونجرس، وعندما تقدم ماديسون بمشروع قانون الحقوق لمجلس النواب تنبأ أن يصبح جزءا من الدستور وأن المحاكم المستقلة ستعتبر نفسها ضامنة لتطبيق هذا القانون [12]، ولكن بعد تسعة أيام وحال المجادلة على إزالة السلطة الرئاسية أنكر ماديسون على الكونجرس تسليمه بحق المحكمة فى هذه المسألة الدستورية إذ ليس لسلطة أن تستمد من الدستور أكثر مما أعطاها، وقد رفض ماديسون التمسك بالرقابة الدستورية التى تمسك بها مؤيدو البنك المركزى للقضاء بعدم دستورية أحد التشريعات [13].

المطلب الرابع

تأييد الرقابة من أنصار الفيدرالية وخصومها

وقع إعلان الاستقلال سنة ١٧٧٦، وانقطع العداء مع الإنجليز سنة ١٧٨١واكتملت الثورة الأمريكية سنة ١٧٨٣ بتوقيع معاهدة السلام مع إنجلترا، وفى فبراير سنة ١٧٨١، صدقت ثلاث

عشرة مستعمرة على مواد الاتحاد الكونفيدرالى والذى عاش مدة سبع سنوات حتى كتب الدستور سنة ١٧٨٧ وصدق عليه سنة ١٧٨٨ وبعد ثلاث سنوات أضيف إعلان الحقوق. وهناك أسئلة كثيرة أثيرت بصدد ذلك وهى لماذا وجدت الولايات أن من الضرورى وضع الدستور؟ وما هى المشاكل التى وضع الدستور ليحلها؟.

وحقيقة فإن صانعى الدستور - وإلى درجة كبيرة - كانوا عمالقة وأذكياء ومؤهلين ولديهم قدرة كبيرة على التنبؤ بالمستقبل ولديهم إيمان بالديمقراطية.

ولفهم سبب وضع الدستور فلا بد من فهم طبيعة الاتحاد الكونفيدرالى السالف عليه والذى تم تبنيه بعد الاستقلال لتحقيق نوع من الوحدة بين الولايات فى العلاقات الخارجية والمشاكل الداخلية ولكن بقى للولايات سيادتها، إذ نص على أن تحتفظ كل ولاية بسيادتها وحريتها واستقلالها وقضائها، وغاب اثنان من الثلاثة أفرع المعروفة للحكومة وهما السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وكان هناك فحسب نص على سلطة الكونجرس والتى لها حق تأسيس محكمة استئناف وطنية للبت فى القضايا البحرية.

وقد أحدث الدستور تغييراً فى الإطار العام الذى حددته نصوص الاتحاد الكونفيدرالى وأهم هذه التغيرات هو خلق سلطة تنفيذية، وإعطاء الكونجرس السلطة فى فرض الضرائب وتنظيم التجارة، وكذا خلق القضاء الفيدرالى والذى ترأسه المحكمة العليا.

وقد ورد بالتعديل العاشر ما يمثل تقليدا شاحبا لنصوص الاتحاد الكونفيدرالى السالفة على الدستور بأن السلطات التى لم تفوض للولايات المتحدة بمقتضى الدستور ولم تحظر بواسطته على الولايات يحتفظ بها للولايات كل على حدة أو للشعب، ولكن يعادل من تأثير ذلك ما ورد بباقى مواد الدستور من تقوية السلطة الاتحادية.

والحقيقة أن الدستور كان له معارضون اعتبروه خيانة للمبادئ التى قامت عليها الثورة الأمريكية (14).

ومن وجهة نظر المعارضين للفيدرالية فإن مهمة الحكومة الأولى هى أن تضمن الاحتياجات العامة الأساسية، ولذلك فهم يؤمنون بعدم المركزية لأنه فقط فى المجتمعات الصغيرة يكون من الممكن تحقيق وتطوير عدم الأنانية وفكرة تكوين الذات للمصلحة العامة، ولذلك فإنهم ضد التوسع الكبير فى سلطات الحكومة الوطنية، بحسبان أن تلك الحكومة الوطنية صاحبة السلطات القوية سوف لا تتواءم مع القيم الأهلية وسوف يخلق هذا المناخ تباعدا وتنافرا بين السلطة والمواطنين وسيصعب على المرء أن يدفن مصالحه الشخصية أمام المصلحة العامة.

هذا ويقر معارضو الفيدرالية بأن الحكومة لا يمكن أن تكون للشعب بنفسه ولكن عن طريق ممثليه على المستوى الوطنى وفى الولايات، ومن ثم فإن الدستور المقترح من البديهى أنه سيقلل من عدم المركزية التى يعتنقها المعارضون للفيدرالية بوصفها وسيلة تحقيق الحرية الحقيقية. ويتوقع خصوم الفيدرالية أن النظام الدستورى الموضوع سيؤدى إلى عدم الاهتمام بمصالح الأفراد، وضعف محاسبة المسئولين رغم أن لديهم قدرات اختيارية فائقة فى وضع القانون والسياسة.

وفى رأى خصوم الفيدرالية فإن التجارة تمثل تهديدا لمبادئ الثورة الأمريكية لأنها تعطى فرصة

للطموح أن يعلو وتؤدى لتفكك القيم الإنسانية، ويعتبر الفقيه العالمى مونتسكيو مصدرا لمعتقدات خصوم الفيدرالية إذ قال فى كتابة الشهير روح القوانين إنه فى الدول التى يتحرك فيها الإنسان فقط بروح التجارة يصبح كل شىء إنسانى عرضة للبيع والشراء وكذا كل القيم المعنوية واحتياجات البشر مهما كانت تفاهتها[15].

وخلاصة الأمر أن خصوم الفيدرالية نظروا إلى الدستور المقترح على أساس من أنه لا يتفق مع المبادئ التى قامت عليها الثورة الأمريكية إذ إنه يؤدى إلى عدم الاهتمام بالمصالح الشخصية حال إدارة العملية السياسية، كما يخلق حكومة قوية ومسيطرة تركز فقط على المسائل الاقتصادية التى تخضع لمنطق البيع والشراء دون نظر للقيم الإنسانية.

وكان من البديهى أن يحاول الفيدراليون أن يردوا على اتهامات خصومهم وذلك بإعادة صياغة مبادئ الاستقلال بما يمثل تأييدا لوجهة نظرهم، وغالبية جهودهم يمكن التماسها حال قراءة أوراق الفيدرالست وهى عبارة عن مقالات كتبت للدفاع عن الدستور المقترح للبلاد للرد على خصوم الفيدرالية، وقد نشرت باسم (**Publius**) ولكنها كتبت فى الواقع بواسطة «جيمس مادسون» و «الكسندر هاميلتون» و «جون جاى»، وبرغم أن هذه الأوراق يرجع إليها عادة كوسيلة لفهم نظرية الدستور وقصد واضعيه فإن من المهم أن يفهم أن هذه المقالات تعد فى بعض الأحيان نوعا من الدعاية وكتبت لتقنع المترددين وهذا لا ينفى عنها صفتها الأصلية.

وصفوة القول إنه وقع خلاف تاريخى ما بين فريقين أحدها مع الفيدرالية والآخر ضدها، وذلك حال وضع الدستور، لذا نصت المادة السابعة على أن «تصديق تسع ولايات سيكون كافيا لإقامة هذا الدستور بين الولايات التى تقره».

وأثير الخلاف حول توزيع السلطة ما بين المؤسسات الوطنية وفى الولايات، وعن كيفية حماية الحقوق الشخصية.

وقد اهتم خصوم الفيدرالية - بعد أن تأكد لهم أن الدستور قادم لا محالة - بمحاولة حماية سيادة الولايات والحكومة الدستورية الصغيرة على المستوى الفيدرالى على أساس أن التجانس بين الولايات وبعضها البعض سيكون هو الأفضل لتحقيق الفضائل، إذ سيقلل احتمال عدم الاستقرار والنزاع، كما أن الحكومة الصغيرة ستشجع على وجود اتصال ما بين المواطنين وممثليهم وسيزيد ذلك من ثقة المواطن فى نفسه وفى ممثليه.

بينما رأى الفيدراليون أن استمرار سيادة الولايات سوف يؤدى إلى نقص حقوق الملكية وضعف التطور الاقتصادى وضعف ثقة المواطن فى الحكومة، بينما وجود مجلس شيوخ قوى مثلا سوف يقلل من احتمالات تعرض الأقلية لاضطهاد الأغلبية[16].

وهكذا فإن الحكومة الوطنية ذات السلطات الكبيرة والإدارة الجيدة إضافة إلى رقابة الدستورية سوف تحد من سوء استعمال السلطة بواسطة القادة وسوف تحمى حقوق المواطن ومصالحه.

وقد سادت النظرية الفيدرالية على النظرية المضادة لها على أساس من ضمان الحقوق المتعلقة بشكل الحكومة ونظامها فى صلب الدستور مع الحرص على حماية حقوق الأفراد فى وثيقة الحقوق «التعديلات العشرة الأولى للدستور».

ولما كانت النظرية الفيدرالية تعتمد فى ركيزتها على رقابة الدستورية فإن سيادة هذه النظرية تعد من أهم أسباب تقرير تلك الرقابة.

وقد ساهم أيضا فى تدعيم الرقابة أن خصوم الفيدرالية المعتدلين رأوها وسيلة مناسبة لحماية حقوق الأفراد والولايات.

المطلب الخامس

قضية ماربرى ضد ماديسون [17]

كان هناك صراع بين الفيدراليين الذين يهدفون إلى تقوية السلطة المركزية وخصومهم المدافعين عن حقوق الولايات واختصاصاتها على نحو ما أسلفنا.

ولما أجريت الانتخابات العامة سنة ١٨٠٠ أسفرت عن فوز جيفرسون بالرئاسة وهو من خصوم الفيدرالية، فعمد الرئيس الفيدرالى خلال الفترة المتبقية على تسليم الرئاسة إلى شغل بعض المناصب الهامة باتحاديين.

وركز الاتحاديون «الفيدراليون» على السلطة القضائية، وسنحت فرصة تعيين رئيس اتحادى للمحكمة العليا خلفا للقاضى إلزورث المستقيل، وهو جون مارشال الاتحادى صاحب المكانة المرموقة.

وكان ما سلف جزءا من البرنامج المخطط للسيطرة على السلطة القضائية ومن ضمن فصوله الهامة تعديل قانون النظام القضائى الصادر مع الدستور سنة ١٧٨٩، إذ أصدر الكونجرس قبل انفضاضه قانونا حديثا لتنظيمها فأنشأ ست محاكم إقليمية جديدة مما اقتضى تعيين ستة عشر قاضيا، كما خول الكونجرس الرئيس سلطة تعيين عدد آخر من قضاة المحاكم الجزئية للعمل فى إقليم كولومبيا، وأنقص القانون عدد القضاة بالمحكمة العليا من ستة إلى خمسة لمنع منح الرئيس الجديد فرصة تعيين عضو بالمحكمة العليا لو وافت المنية أحد القضاة بها.

وخلال الفترة الأخيرة لآدمز فى منصب الرئاسة، وافق مجلس الشيوخ على تلك التعيينات ووقع الرئيس على قرارات التعيين فى منتصف اليوم السابق على تخليه عن عمله ولذلك عرف هؤلاء القضاة باسم قضاة منتصف الليل.

وفى غمرة الأحداث ولظروف الاستعجال نسى الرئيس أن يسلم عددا من قرارات التعيين إلى أصحابها، وامتنعت الحكومة الجديدة عن تسليمها إياهم، فرفع ماربرى وثلاثة من زملائه دعوى على ماديسون وزير جيفرسون يطلبون فيها من المحكمة العليا إصدار أمر قضائى **writ of mandamus** بتسليمهم قرارات التعيين لممارسة وظائفهم.

وفى ظل تأهب من الجمهوريين «خصوم الفيدالية» للحكم الوشيك، وفى ظل موازنات سياسية دقيقة كان على «مارشال» أن يراعيها، حتى لا تظهر المحكمة بصفة المتخوف فى أول محك حقيقى لها من ناحية ، ومن ناحية أخرى حتى لا تظهر متعنتة متدخلة فى أعمال السلطات الأخرى، رأى «مارشال» بداءة أن لماربرى حق مكتسب فى وظيفته وفى تسلم قرار تعيينه بحسبان عدوان «ماديسون» أمرا غير مشروع على حقه المكتسب.

كما رأى «مارشال» أنه لا غضاضة فى إلزام «ماديسون» عن طريق أمر التنفيذ بحسبان أنه يقع عليه واجب مقيد ومحدد بتسليم أمر التعيين إلى صاحب الحق فيه.

وبعد ذلك لجأ مارشال إلى مناورة أذهلت أنصاره وخصومه، عندما وجد الفقرة الثالثة عشر من قانون النظام القضائى الصادر عام ١٧٨٩، والتى قررت للمحكمة العليا الاختصاص بإصدار الأوامر السالفة بصفة أصلية، تخالف المادة الثالثة [18] من الدستور والتى تحدد الاختصاص الابتدائى والاستئنافى للمحكمة العليا إذ تقرر الفقرة الثانية بعد تعدادها للمسائل التى تختص بها المحكمة العليا اختصاصا ابتدائيا أنه فى سائر المسائل الأخرى المذكورة فى صدر الفقرة الثانية يكون للمحكمة اختصاص استئنافى فيما يتعلق بالوقائع والقانون، إلا ما يستثنيه الكونجرس من ذلك وفقا لتنظيمه هذا الاستثناء، ومؤدى ذلك كما يقول «مارشال» أن المحكمة تختص بالمسائل المذكورة فى صدر المادة اختصاصا استئنافيا أما حق الكونجرس فى الاستثناء فمؤداه أن يحرم المحكمة العليا من بعض صور هذا الاستثناء، وليس مؤداه البتة أن له - حسبما قام بالفقرة الثالثة عشرة من قانون النظام القضائى - توسيع اختصاصها ابتدائيا فى بعض هذه المسائل. وعلى ذلك فإن الفقرة الثالثة عشرة سالفة الذكر فيها محاولة غير جائزة لتوسيع الاختصاص الابتدائى للمحكمة خلافا للنص الدستورى السابق تحليله.

ويعد الحكم السالف هو أول حكم تصدره المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون ما، وهو السابقة ذات القيمة التى لا يخلو منها مرجع دستورى، كما أن الأسباب التى ذكرها الحكم يحدث كثيرا أن تقتبس منها المحاكم الدستورية فى العالم.

ولا جدال فى أن هذه السابقة خاصة ومحكمة «مارشال» عامة هى الداعم الأساسى لاستقرار حق المحكمة العليا فى رقابة الدستورية.

المطلب السادس

زوال التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية

أحد المتاهات الهامة فى القانون الدستورى الأمريكى هو ما يتعلق بأن الدستور يفرض السيادة للشعب والذى يختار ممثليه ثم يحدث بعد ذلك أن تلغى المحاكم عمل السلطة التشريعية والرئيس استنادا لمبدأ رقابة الدستورية.

وينظر للرئيس والكونجرس عادة بصفتهما مسئولين تجاه المواطنين بصورة أكبر من النظرة للقضاة الفيدراليين، الذين تمتد ولايتهم لمدى الحياة. ومن هذه الوجهة يمكن القول بأن الرقابة الدستورية تمثل صعوبة تعيق إرادة الأغلبية [19].

فكيف إذن يمكن تبرير السلطات التى تقررت فى قضية ماربرى؟. وبعض التفسيرات تستند إلى عملية التفسير الدستورى فيقترح دائما أن النزاع بين الرقابة الدستورية والديمقراطية يمكن أن ينعدم أو يقل جدا إذا ما كانت رقابة الدستورية مقتصرة فحسب على تقرير ما إذا كان عمل الكونجرس ينتهك الدستور، وفى هذه الحالة فإن القاضى لا يفرض قيمة الشخصية وإنما يفرض

على المشرع أن يحترم الدستور، وبهذا الفهم يمكن التمييز بين الإرادة وهى مجال عمل السياسى والحكم وهو مجال عمل القاضى.

وقد تبنت المحكمة الفهم السابق فى إحدى قضايا سنة ١٩٣٦ إذ قضت بأنه عندما يتم تحدى عمل الكونجرس فى المحاكم لعدم اتفاقه مع الإلزام الدستورى فإن الفرع القضائى من الحكومة عليه واجب واحد وهو أن يضع المادة من الدستور التى تم انتهاكها بجوار النص الذى أحدث المخالفة ويقرر فى ذلك [20].

وهناك من يرى أن القضاة يبرعون فى عملية التفسير وذلك مرجعه لانعزالهم عن الضغط السياسى بما يسمح لهم باتباع الطرق السليمة فى التفسير [21]، بينما هؤلاء الذين يكونون محلا للضغوط السياسية على النقيض يحبون أن يروا عملية التفسير متأثرة وملوثة بالعواطف السياسية.

وليس من الواضح تماما أن الدور القضائى حال فهمه على النحو السالف سوف يقلل تماما من التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية، إذ ستبقى مشكلة تحتاج إلى شرح ألا وهى كيف أن كلا من الفرع التشريعى والتنفيذى لا ينظر إليهما كمسئول عن تفسير النصوص الدستورية ؟.

ويرى أحد الفقهاء أنه لا بد أن نعيد الرأى الذى يرى أن المحكمة [22] العليا هى المؤسسة الإلهية للديمقراطية الأمريكية والتى تدوم أبدا لتدافع عن صعوبة مواجهة الأغلبية (التى تضع القانون الحالى)، وعندما تلتزم المحكمة بالدستور وتجعله نبراسا لها فإن ذلك فى حقيقته التزاما بما تم الموافقة عليه من قبل بواسطة الأغلبية الدستورية أى الأغلبية التى اقترحت وصدقت على الدستور الأصلى وتعديلاته بدلا من أن يكون الأمر فى حقيقته عمل ضد فعل الأغلبية.

وفى هذا المعنى فإن الرقابة الدستورية بقيامها بمنع الساسة العاديين من مخالفة السياسات الدستورية تمثل وسيلة لتأكيد أن الأنانية والتجاهل وعدم الاكتراث الكامنة فى نفوس هؤلاء الساسة لا مجال لها حال مخالفة الدستور والذى يعد ممثلا للروح العامة والإرادة الشعبية.

وهناك من يرى خلاف [23] ذلك، فينظر إلى الرقابة الدستورية حتى عندما لا يمكن تجنبها بوصفها تمثل شيئا خطيرا إذ بقيامها بتصحيح الأخطاء التشريعية عن غير طريق الشعب تكون مؤدية إلى أن يفقد الشعب الخبرة السياسية فى تصحيح أخطائه، ويفقد الشعب مسئوليته فى تصحيح الأخطاء اتكالا على المحاكم.

وقد يثور التساؤل حول لماذا يكون الدستور سائدا ؟. ونرى أن الدستور يسود لأنه يعبر عن الإرادة المؤسسة للشعب رغم أن هؤلاء الذين وضعوه وصدقوا عليه قد توفاهم الله، إضافة إلى أن الشعب وقتها لم يكن يشمل فئات كثيرة مثل الزنوج والهنود والمرأة.

ولأنه بغيره ستسود الفوضى إذ سيختلف الناس عمن يكون الرئيس بل يمكن أن يختلفوا حول عدد الرؤساء[24] والبناء الأساسى للسلطات والذى ينظمه عادة الدستور الأمر الذى لو تحقق لأفضى لكارثة.

ونرى أن أساس مهاجمة الرقابة الدستورية يكمن فى مسألة تفسير الدستور، إذ إن القضاة لن يفسروا الدستور وفق إرادة واضعيه وإنما وفق إرادتهم السياسية اعتمادا على أن الكثير من نصوص الدستور غامضة، ومن ثم فهم يمارسون الاختيار القضائى بين العديد من المفاهيم بما ينطوى على فرض للقيم السياسية للقضاة.

وقد قضت المحكمة العليا بمضمون ذلك بأن قررت أنه ليس[25] حلا أن نصر على أن نصوص الدستور وما عنته – وقت وضعه – يجب أن يكون هو ذات ما تعنيه حاليا فلو أن ما نص عليه الدستور كان معناه هو ذات المعنى الآن، فهذا مقصود به القول بأن الفقرات الهامة فى الدستور يجب أن تتقيد بالتفسير الذى تبناه الصائغون وفقا للشروط ووجهة النظر فى ذلك الوقت، وهو مالا يمكن القول به. هذا ويقترح عند التفسير الدستورى أن يتم فحص النصوص الدستورية وتفسيرها استنادا إلى القصد الأصلى لواضعيه والمصدقين عليه ولكن هناك صعوبات تعترض ذلك:

أولها: أن النية المرتبطة بهذا الأمر يمكن أن يقصد بها نية واضعى مسودة الدستور أو أهل الولايات الذين صدقوا عليه، والصعوبة هنا هو أنه عندما يكون صانع القرار جهازاً كبيراً مكون من عدد ضخم من البشر فمن الطبيعى أن يكون هناك اختلاف بينهم، كما أنه من الصعب التوصل إلى قصد هؤلاء بالنسبة لمسألة تستحدث فى المستقبل.

كما تثور الصعوبة حول عمومية النص، إذ الحقيقة أن العديد من النصوص الدستورية تكون غامضة ومبهمة ومثال ذلك فقرة التجارة والحماية المتساوية والعقوبات الوحشية وغير المعتادة وحرية التعبير، فيمكن قراءة هذه النصوص بمفهوم جامد أو بمفهوم مرن يتغير بحسب الأحوال، والاختيار بين الأمرين سيؤدى لنتائج جد مختلفة فمثلا بالنسبة لفقرة الحماية المتساوية فالسؤال حولها يثور حول هل هذه الفقرة تنطبق على التفرقة العنصرية بالنسبة للمواطنين السود فحسب أم يمكن أن تتسع لغيرهم؟ أى تتسع لكل حالة تتوافر فيها التفرقة غير المبررة بين البشر.

هذا ويمكن أن نستخلص من نصوص الدستور أن واضعيه قصدوا تفويض الذين سيأتون فى المستقبل السلطة فى وضع قرارات وقوانين حول معانى النصوص الدستورية طبقا لما يستجد من أحوال[26] تحت رقابة المحكمة العليا.

ونرى أنه لا يمكن تحقيق الديمقراطية إلا إذا اتفق الشعب على كيفية الحكم عن طريق الدستور، ويصعب تحقيقها ما لم يحكم القواعد القانونية واللائحية دستور مكتوب ورقابة دستورية.

والقواعد الإجرائية اللازمة لتحقيق الديمقراطية تتحقق بصورة أفضل عندما تتقرر وتستند لفكرة الالتزام المسبق والتى تحصن تلك القواعد من التأثر بجدول الأعمال السياسى والانتماءات السياسية.

وقد يرى البعض أن المحاكم ليست مؤهلة تماما لرقابة الإجراءات اللازمة لتحقيق الديمقراطية، إلا أننا نرى أنه نظرا لغياب الجهاز القادر على رقابة تلك الإجراءات بفعالية تفوق فعالية المحاكم فمن ثم فإن المحاكم هى أفضل الموجود لتحقيق ذلك والبديل هو الإخلال بالحدود الدستورية.

وصفوة القول أن المرء عندما ينظر إلى القانون الدستورى يجده نتاجا للجهد القضائى للمحكمة العليا أكثر من كونه مجرد وثيقة دستورية غير متحركة.

وعندما نستعرض طريقة اختيار القضاة لاحقا بالمبحث الثانى من هذا الفصل سنجد أنها قد لا تكون ديمقراطية – من وجهة نظر البعض– إلا أنه بتحليل أحكام المحكمة العليا سنجدها ديمقراطية القرار إذ غالبا ما تتفق مع الرغبة الشعبية، ونادرا ما تشكل تهديدا لأراء الأغلبية.

ويؤيد المعنى السالف أن التعديلين التاسع[27] والرابع عشر للدستور يعطيان فرصا كبيرة للخلق إلا أن المحكمة أبت أن تسعى للخلق مخالفة الإرادة الشعبية، وعندما أعلن القضاء عدم دستورية

التمييز العنصرى كان ذلك فى حينه متفقا مع الإرادة الشعبية.

ويعد موقف القضاء من الحرية الاقتصادية فى الثلث الأول من هذا القرن مضادا للرغبة الشعبية واستثناء من القاعدة، بل إنه سوء استخدام للسلطة انتهى بعدول المحكمة العليا بعد مواجهة روزفلت لها.

ولا بد من الاعتراف بدور المحكمة فى إشباع حاجات الشعب المتعددة عن طريق المبادئ الدستورية المرسومة فى الدستور، والتى لو كانت جامدة لأفرغ القانون الدستورى من محتواه المتطور، ومن ثم فإن فضل التطور يرجع إلى تلك الفقرات ذات النهاية المفتوحة والتى يطوعها القضاء لصالح الشعب [28].

وهكذا يمكن القول أنه مع الأيام تناقص التعارض الظاهرى بين الرقابة والديمقراطية، وتبين أن المحكمة العليا إضافة إلى حفاظها على إرادة السلطة المؤسسة، فإنها ديمقراطية القرار، ومن ثم فإن المفهوم الحقيقى للديمقراطية مع الرقابة وليس ضدها.

ومن جانبنا نرى أن وصف المحكمة العليا بأنها غير ديمقراطية التشكيل فيه مبالغة بحسبان أن واضعى الدستور أدركوا أنه لو كان كل أعضاء السلطات الثلاث يسألون مباشرة أمام الشعب فسوف يعطى ذلك فرصة لطغيان الأغلبية القائمة، والتى ربما تعمل على إيذاء الأقلية خلافا للمبادئ الدستورية، لذا عمد الدستور إلى عزل قضاة المحكمة العليا والقضاء الفيدرالى عامة عن سلطة الناخبين، ليكون لديهم الشجاعة للوقوف فى وجه الانتهاكات الدستورية عن طريق رقابة الدستورية.

فالديمقراطية يمكن فهمها بأنها مشاركة الشعب فى الحكم إضافة إلى حماية الحقوق الشخصية وما قررته السلطة المؤسسة.

وقد استطاعت المحكمة العليا أن تقف فى وجه السياسات العنصرية المؤيدة للتفرقة العنصرية والمضطهدة لحقوق الزنوج فى الولايات الجنوبية استنادا لفقرة الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر،حفاظا على الديمقراطية المتمثلة فى حماية المبادئ الدستورية والتى هى أقوى من مفهوم الديمقراطية الواهن الذى يأخذ بالشكل ويركز على سيطرة الأغلبية.

ولا خشية من طغيان القضاة فى استخدامهم هذه السلطة للسببين التاليين:

١- إن طريقة التعيين - التى سوف نشرحها حالا فى المبحث الثانى - تمكن الناخبين من التأثير بطريقة غير مباشرة على تعيين القضاة، إذ الناخبون هم الذين ينتخبون رئيس البلاد الذى يرشح القضاة، ومجلس الشيوخ الذى يؤكد هذا الترشيح.

٢- إن القضاة أنفسهم يدركون حقيقة أن هناك ضعفا نسبيا للقضاء فى مواجهة الفرعين الآخرين، وأن تنفيذ الأحكام القضائية يتوقف عمليا- وإلى درجة كبيرة - على الإذعان الإرادى لتنفيذها من قبل السلطة التنفيذية.

وعلى ركيزة من ذلك يتجنب القضاء وعلى رأسه المحكمة العليا المواجهة الحادة ويلتزم بمعايير صارمة للتقييد الذاتى [29] سوف ندرسها لاحقا.

ولا شك أن تكشف كل الحقائق السالفة أمام الجميع قوى من الرقابة إلى حد بعيد فلا تعارض حقيقى بين الرقابة والديمقراطية سواء فى طريقة تعيين القضاة بالمحكمة العليا أو فى خدمتهم مدى الحياة، وأيضا فى اتفاق غالبية الأحكام مع الإرادة الشعبية.

المبحث الثانى

كيفية اختيار قضاة المحكمة العليا الأمريكية

تحديد وتقسيم:

لما كانت المحكمة العليا هى التى تتولى القول الفصل فى مسألة الدستورية وتراجع المحاكم الأدنى منها فى هذا الأمر، فمن البديهى أن نهتم بكيفية تشكيل تلك المحكمة.

وتشكل المحكمة من تسعة قضاة، يظلون فى مناصبهم مدة تمتعهم بصحة طيبة وسلوك طيب «الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الدستور».

وقد رأينا التركيز على عملية اختيار قضاة المحكمة والعوامل التى تؤثر فيها، باعتبارها أمرا هاما فى الولايات المتحدة، وخاصة فى الفترة الأخيرة حيث أصبح أساسيا فى حملات مرشحى الرئاسة الأمريكية.

وعملية الاختيار الرسمية شديدة البساطة، إذ عندما يخلو مكان ما بالمحكمة بالموت أو الاستقالة، فإن الرئيس يرشح شخصا ما ويجب موافقة أغلبية مجلس الشيوخ حتى يتأكد ذلك الترشيح «الفقرة الثانية من المادة الثانية من الدستور».

وعندما يخلو منصب رئيس قضاة المحكمة فعندئذ يكون رئيس الولايات المتحدة بالخيار بين اختياره من بين القضاة الأعضاء بالمحكمة أو من غيرهم خارج المحكمة، وغالبا ما يسلك الرئيس ذلك النهج الأخير حتى يتسع الاختيار أمامه لهذا المنصب عظيم الشأن.

وأحيانا يحدث التعيين دون موافقة مجلس الشيوخ حالة أن يشغر المنصب فى الشهرالأخير لدورة المجلس أو فى فترات عدم انعقاد المجلس، وتعود سلطة الموافقة أوعدمها للمجلس حال انعقاده إلا أنها تفقد مفعولها أمام حقيقة مؤكدة مؤداها قيام القاضى بعمله بالفعل داخل المحكمة، ولما كان مجلس الشيوخ قد أعرب عن عدم رضائه عن ذلك الأمر، فإنه منذ سنة ١٩٦٠ وحتى تاريخه لم تتم تعيينات أثناء فترة عدم الانعقاد. ولما كان خلو المكان داخل المحكمة هو الأمر الذى يتيح فرصة إحداث تعيينات بها والمسألة غير دورية، فقد كان طبيعيا أن الرؤساء تختلف فرصهم فى إجراء التعيينات بها.

فنجد مثلا أن الفترة الأولى لرئاسة فرانكلين روزفلت خلت من أى مكان شاغر بينما شهدت فترة رئاسته الثانية خمسة أماكن شاغرة مما أتيح له إجراء خمسة تعيينات بالمحكمة.

وفى أول ثلاث سنوات لحكم «ريتشارد نيكسون» ترك أربعة قضاة أماكنهم.

ونجد أن «جيمى كارتر» هو الرئيس الوحيد الذى لم يجر تعيينات بالمحكمة رغم قيامه بالخدمة كرئيس للبلاد لمدة كاملة فى الفترة من ١٩٧٧: ١٩٨٠ لعدم خلو أى مكان خلال تلك الفترة.

ورغم أن عملية التعيين شديدة البساطة على النحو الآنف إلا أنها فى جوهرها شديدة التعقيد ويتداخل فيها الكثيرون سواء بصفة غير رسمية أو بصفة رسمية [30].

وسوف ندرس فى هذا المبحث ما يلى:

المطلب الأول : دور المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار.

الفرع الأول: جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة.

الفرع الثانى: جماعات المصالح.

الفرع الثالث: رئيس وأعضاء المحكمة العليا.

المطلب الثانى : العوامل المؤثرة على قرار الرئيس ومجلس الشيوخ.

الفرع الأول: العوامل المؤثرة على الرئيس فى الترشيح.

الفرع الثانى: العوامل المؤثرة على مجلس الشيوخ فى تأكيد الترشيح.

المطلب الثالث: حصيلة الاختيار النهائية.

المطلب الأول

دور المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار

إن أهم المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار هم جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة وجماعات المصالح ورئيس وأعضاء المحكمة العليا.

وسوف نناقش دور كل مجموعة على حدة.

الفرع الأول

جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة

إن جمعية المحامين الأمريكية (**The American Bar Association**) وتسمى اختصارا (**ABA**) هى منظمة تطوعية مكونه من محامين شكلت سنة ١٨٧٨، ونظرا لكثرة أعضائها واهتماماتها القومية فقد أصبحت تلك المنظمة هى الصوت الرئيسى والمقبول من العاملين بالقانون فى الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ضمن أهم اهتماماتها اختيار قضاة الولايات حيث اهتمت باختيارهم على أساس من الكفاءة وليس على أساس سياسى.

وعلى المستوى الفيدرالى وافقت الـ (**ABA**) على الطريقة الرسمية الحالية فى اختيار القضاة لكنها تبذل مجهودا كبيرا للتأثير على ذلك الاختيار، ولكن تلك المحاولات كانت غير منتظمة حتى أنشئت لجنة بخصوص القضاء الفيدرالى سنة ١٩٤٦ وتلك اللجنة مكونة من أربعة عشر عضوا يتم اختيارهم عن طريق رئيس الـ (**ABA**) على أساس إقليمى، وقد عملت هذه اللجنة على أن تحصل على دور منتظم فى عملية الاختيار وبالأخص أن يكون لها دور فى الموافقة أو عدم الموافقة على المرشحين الأساسيين قبل الاختيار الأخير للرئيس، هذا وقد سمح للجنة السالفة أن تعطى توصياتها للإدارة الأمريكية بخصوص مؤهلات المرشحين ليكونوا قضاة فى المحاكم الأدنى من المحكمة العليا ولكن بالنسبة لقضاة المحكمة العليا فإن الرؤساء قد أظهروا استعدادا أقل لإعطاء اللجنة ذات الدور، فمثلا فى سنة ١٩٦٩ أعطت إدارة نيكسون للجنة سلطة الاعتراض على الترشيحات لجميع المحاكم

الفيدرالية عدا المحكمة العليا.

وينبع الموقف السالف من أن الرؤساء يعطون اهتماما أكبر لترشيحات المحكمة العليا عما يعطونه للمحاكم الأدنى ومن ثم يريدون تقليل العوائق على ترشيحاتهم للمحكمة.

وينحصر دور اللجنة عادة فى تقرير ما إذا كان المرشح مؤهلا أو غير مؤهل وذلك بعد أن يصبح الترشيح معروفا وقبل تمام الترشيح، أما إذا تم الترشيح فمن الصعوبة بمكان أن تعلن اللجنة أن المرشح غير مؤهل.

ويختلف الرؤساء فى استعانتهم باللجنة وفى الدور المسموح لها به، فنجد مثلا أن الرئيس فورد سمح للجنة الـ (ABA) أن تنظر وتبحث بشأن خمسة عشر مرشحا رئيسيا لشغل مكان واحد وقد أعطت اللجنة للمدعو/ جون بول ستيفنز وهو المرشح الأساسى درجة عالية جدا، وعلى نقيض ذلك نجد أن الرئيس ريجان تجاهل لجنة الـ (ABA) ورشح (ساندرادى أوكنر) للمنصب الخالى و بعد حوالى شهرين أيدت اللجنة هذا الترشيح وإن كانت قد تحفظت بصدد خبرتها كمحامية وقاضية، وهذا كان لا يجدى إذ كان قد تأكد ترشيحها بواسطة مجلس الشيوخ.

وقد وجد من ينتقد الدور المعطى لتلك اللجنة باعتبار أنه من غير اللائق لأى جماعة أن يكون من سلطتها المركز الخاص المعطى للجنة الـ (ABA).

وفى أوقات معينة كان هناك جماعات قانونية أخرى ومحامون لهم دور بارز فى عملية الاختيار فنجد مثلا أن الرئيس هوفر رشح «بينجامين كاردوزو» كرد فعل للضغط عليه من مجموعة من المحامين.

الفرع الثانى

جماعات المصالح

لا شك أن لنشاط المحكمة تأثيرا على معظم جماعات المصالح فى الولايات المتحدة، ونظرا لأن المحكمة من الناحية الأيديولوجية البحته كيان غير سياسى لذا فمن المفترض أن يكون سعى جماعات المصالح للتأثير على عملية الاختيار محدوداً، وبالنظر لسرية عملية الترشيح فإن دور جماعات المصالح عادة ما يتركز فى الوقوف مع أو ضد تأكيد الترشيح فى مجلس الشيوخ.

ومع ذلك يحدث أن تكون للجماعة التى تتمتع بعلاقات قوية بالإدارة فرصة قوية لتوصيل رغباتها فى المرشح المطلوب أو انطباعاتها عن مرشح معين للرئيس.

وفى القرن العشرين تحاول الجماعات المستقلة أن تهزم المرشحين الذين يرون أنهم متحفظون، ففى عام ١٩٣٠ الجماعات العمالية والجمعية الوطنية لترقية الملونين (NAACP) عارضت تأكيد ترشيح (جون باركر) والذى كان مرشحا من قبل الرئيس هوفر وذلك لقراراته المتحفظة بصدد علاقات العمل وقضايا التفرقة، وقد هزم باركر بفارق صوتين بتأثير ذلك النشاط.

وبعد ذلك بأربعين سنة نفس الجماعات السالفة حققت ذات النجاح بالنسبة لترشيح الرئيس نيكسون لكل من «هانز ورث» و «كارسول».

كما نجد أن الجمعية الوطنية للمرأة "N.O.W" قد عارضت ترشيح الرئيس فورد «لجون بول ستيفنز» وذلك نظرا لقراراته المناهضة لحقوق المرأة إبان كونه قاضيا بمحكمة دنيا، ولكن رغم هذه المعارضة فقد تأكد ترشيح «جون بول ستيفنز» فى مجلس الشيوخ.

الفرع الثالث

رئيس وأعضاء المحكمة العليا

إن قضاة المحكمة العليا بما فيهم رئيسهم يلعبون دورا مهما فى عملية[31] الاختيار وهذا أمر طبيعى وذلك للرغبة فى ادخال أعضاء جدد ذوى كفاءة معينة أو ذوى ميول سياسية معينة متفقة مع ميولهم، وتتمثل وسائل التأثير عادة فى إرسال خطاب توصية على مرشح معين وفى أحيان كثيرة يكون ذلك بناء على توصية الإدارة، وقد يتمثل الأمر فى محاولة للتأثير بصورة أكبر من ذلك ويكون ذلك بالنسبة لرؤساء المحكمة العليا عادة إذ إن مركزهم يعطيهم مصلحة خاصة فى مسألة التعيينات الجديدة إضافة إلى أن زملاءهم يرفعون من شأنهم أمام رئيس الولايات المتحدة. ومن رؤساء المحكمة النشطين فى هذا الأمر الرئيس تافت وقد كان يشغل منصب رئيس الولايات المتحدة قبل توليه لرئاسة المحكمة ولما تولى الرئاسة كان له تأثير فعال على الرئيس (هاردنج)، كما ضغط القاضى رنكوست لتعيين أول امرأة[32] بالمحكمة. ويلاحظ أن القضاة إذا وحدوا جهودهم فإن دورهم فى هذا الشأن يكون كبيرا ولكن يمكن أن يؤدى الضغط لتأثير سلبى كما هو الحال بالنسبة للرئيس روزفلت والذى أعرب عن ضيقه من طريقة الضغط عليه من القاضى فليكس فرانكفورتر وذلك لترشيح القاضى الفيدرالى ليرند هاند سنة ١٩٤٣، وأدى ذلك إلى اختياره لآخر وقال إن فرانكفورتر ضغط أكثر من اللازم[33].

ويوجد احتمال انقسام أو اختلاف القضاة حول مرشح معين كما حدث بالنسبة لترشيح القاضى كاردوزو حيث أيده القاضى ستون بينما عارضه ستة من زملائه بالمحكمة العليا.

المطلب الثانى

العوامل المؤثرة على قرار الرئيس ومجلس الشيوخ

الفرع الأول

العوامل المؤثرة على قرار الرئيس فى الترشيح

تمهيد:

هناك عناصر معينة يجب مراعاتها فى القاضى الذى يتم اختياره، وإذا حاولنا أن نستنبط هذه العناصر بالعودة إلى تاريخ التعيينات القضائية بالمحكمة فإننا لا بد وأن نذكر الرئيس جورج واشنطن، والذى كان يرى أن السلطة القضائية هى الدعامة الأساسية التى تتكئ عليها الدولة الوليدة ومن ثم فهى تحتاج لرجال أقوياء.

لذا راعى واشنطن فى ترشيحاته للمحكمة توافر سبعة عناصر فى القاضى المختار على النحو التالى:

١- مساندة القاضى للدستور وإيمانه بـه.

٢- إسهامه الفعـال فـى الاستقـلال .

٣- مشاركته الإيجابية فى الحياة السياسية للوطن ككل أو للولاية

٤- الخـبرة القضائيـة السابقـة فى المحاكـم الأدنى .

٥- السمعة الحسنة ويفضل أن يكون على علاقة شخصية به .

٦- التنـاسب الجغرافى للمعـين .

٧- الحسب والتعلق والشغف بالوطن الوليد[34]

وقد اشترط وزير العدل فى بدايات حكم الرئيس ريجان المدعو **Bruce E. Fein** شروطا خمسة فى المرشح هى كالتالى:

١- أن يفهم أن المحكمة العليا ليست وحدها هى الضمير الحى للأمة ولا تحتكر سلطة تحديد مصالح الأمة وليست معصومة من الخطأ.

٢- أن يدرك أن اللغة الدستورية وقصد الآباء الذين وضعوا الدستـور ليسا هما المرشد الوحيد فى تفسير الدستور.

٣- أن يكون قادرا على فهم المخطط الدستورى للفيدرالية وهضم السياسات المختلفة للولايات الخمسين.

٤- أن يعرف الآليات غير القضائية الحامية من طغيان الحكومة.

٥- أن يعرف أن الدور السامى للقضاء الفيدرالى هو القضاء فى القضايا الواقعية وبغيرها لا يجوز القضاء بعدم الدستورية [35].

وكما أسلفنا فإن رئيس الولايات المتحدة يقوم بالترشيح ويؤكد مجلس الشيوخ هذا الترشيح أو يرفضه وحينئذ فعلى الرئيس ترشيح شخص آخر للمنصب الشاغر، وهناك عوامل أربعة تؤثر فى اختيار الرئيس لشخص المرشح هى كالتالى:

١- الجدارة والأخلاق:

فى اختيار قضاة المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا لا يلعب عنصر الجدارة والمقدرة ذات الدور الذى يلعبه بالنسبة للمحكمة العليا وذلك مرجعه إلى عدم الاهتمام الكبير بهذه المحاكم مقارنة بالمحكمة العليا، ولذا نجد أن القضاة المختارين للمحاكم الفيدرالية مختلفو الكفاءة بصورة كبيرة بعكس الحال بالنسبة للمحكمة العليا.

وكما لاحظ أحد المراقبين[36] أن الغالبية العظمى من الترشيحات فى القرن العشرين كانت منصبة على أشخاص ذوى مقدرة سواء فى المجال القانونى أو السياسى.

ويلاحظ أنه حتى عندما حقق أحد القضاة المعينين فشلا بالمحكمة العليا فإن ذلك لا يعنى أن الرئيس قد تجاوز عن النظر إلى عامل الجدارة فى الاختيار ومن ثم فإن هذا الفشل يكون أمرا غير متوقع، وذلك كما حدث بالنسبة للقاضى (كارلس ويتكر) وهو مرشح من قبل إيزنهاور إذ قال عنه أحد المحامين «أن به عيبين هما نقص المقدرة الذهنية وعدم القدرة على الوصول للقرار وقد استقال ذلك القاضى لإحساسه التام بالفشل ورغم ذلك حقق نجاحا كبيرا فى العمل الخاص، إضافة إلى أنه لم يكن متوقعا فشله فى المحكمة العليا حيث كان قاضيا فيدراليًا خبيراً، ويمثل اختيار رئيس الدولة الجمهورى هوفر للقاضى كاردوزو الديمقراطى خلفا للقاضى هولز اختيارا على أساس الجدارة إذ إن كفاءة الأخير أجبرت رئيس الدولة على اختياره.

وبالإضافة للجدارة فلا بد من توافر الأخلاق لدى المرشح ومع ذلك حدثت استثناءات من هذا الأمر كما هو الحال بالنسبة لترشيح كل من «أبى فورتس» القاضى بالمحكمة كرئيس لها وبالنسبة إلى كلمنت هانزورث، المرشح لعضوية المحكمة، إذ هوجم كلاهما باتهامات تتعلق بالكسب غير المشروع إضافة إلى اتهام فورتس باستشارته الدائمة للرئيس جونسون بعد أن أصبح قاضيا بالمحكمة ولذا لم يتأيد ترشيح أيهما بمجلس الشيوخ.

٢- الانتماء السياسى أو الأيديولوجى:

إن الاختيار على أساس أيديولوجى له أمثلة كثيرة ومنها اختيار الرئيس هاردنج والذى أيده رئيس القضاة تافت لعضو مجلس الشيوخ **Sutherland** نظرا لتحالف الأخير مع الرئيس إبان كونهما بمجلس الشيوخ الأمريكى .

ولو نجح اختيار الرئيس ريجان للقاضى روبرت بورك لعدد ذلك مثالا معاصرا للترشيح على أساس الأيديولوجية.

ويلاحظ أن اختيار ريجان التالى للقاضى انتونى كيندى كان على أساس أيديولوجى أيضا.

وكانت المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا لا يُهتم حال اختيار قضاتها بالعامل الأيديولوجى حتى وقت قريب إلا أن هذا الأمر تغير حديثا.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فلا جدال فى اهتمام الرؤساء الشديد بوضع قضاة داخل المحكمة ينتمون لذات أفكارهم السياسية.

وقدر هذا الجهد يختلف من رئيس إلى آخر، كما يختلف من فترة إلى أخرى حسب الحاجة إليه، فنجد مثلا أن الرئيس روزفلت كان حريصا على أن يختار قضاة يساندون وجهة نظره فيما يتعلق بالقدرة الاقتصادية للحكومة الفيدرالية، وبعد أن حصل على التأييد الكافى داخل المحكمة أصبح اهتمامه بالانتماء السياسى للمرشح أقل قوة.

كما أن الرئيس نيكسون كان قد شعر بخطورة الاتجاه المتحرر للمحكمة وبالأخص فى مجال الإجراءات الجنائية ومن ثم فقد حَرِص على ترشيح متحفظين داخل المحكمة.

ونجد أن هناك قلة من الرؤساء مثل «هارى ترومان» كان اهتمامهم أقل بالانتماء الأيديولوجى، ولكن الأغلبية تهتم بهذا العامل، لضمان ولاء القضاة لسياسة الرئيس، وهذا ما يظهر من المناقشة التى تمت بين الرئيس كيندى [37] ووزير العدل فى حكومته إذا اتفقا على أنه يجب ترشيح شخص

يتفق مع الرئيس فى الدور المخطط للحكومة فى الحياة الأمريكية، والدور الذى يراه للمرء فى المجتمع، ولا يهم بعدئذ موقفه من مسائل إعادة التقسيم الانتخابى والقضايا الجنائية، إذ المهم أن يكون هذا الرجل على المدى البعيد يؤمن بما يؤمن به الرئيس أفضل للأمة.

ولتوافر تلك المتطلبات فى المدعو آرثر جولدبرج من وجهة نظر الرئيس ووزيره فقد تم ترشيحه.

ولا شك أن المرشح عندما يكون قد خدم كقاض فذلك يعنى أن له سجلا يمكن به معرفة انتمائه واتجاهاته السياسية، ولذلك فكلما كان المرشح لعضوية المحكمة قاضيا كلما كان ذلك أكثر دقة فى معرفة الانتماء السياسى له [38].

وعندما رشح نيكسون «وارن بيرجر» كرئيس للمحكمة فإنه كان واثقا من اتجاهه المحافظ نظرا لسبق خدمته لمدة ثلاث عشرة سنة بمحكمة الولايات المتحدة للاستئناف بمركز كولومبيا، وقد أظهرت هذه الفترة اتجاهاته التحفظية بوضوح.

وعندما خاب ظن الرئيس ايزنهاور فى «ايرل وارن» والذى رشحه كنوع من الجائزة السياسية له لمساندته ترشيح ايزنهاور إبان كان محافظا لكاليفورنيا، فقد قرر ألا يختار ثانية للمحكمة العليا إلا من بين القضاة.

وحتى عندما يتم الاختيار من بين القضاة فلا يمنع الأمر من خيبة الأمل أيضا، وهذه الحالات ليست نادرة فتقريبا ربع القضاة انحرفوا عن توقعات الذين عينوهم.

وعندما سئل ايزنهاور عما إذا كان قد ارتكب خطأ كرئيس قال نعم وهما الجالسان بالمحكمة العليا[39] وكان يقصد رئيس القضاة إيرل وارن وأيضا القاضى برينن.

والحقيقة أن صدمة الرؤساء فى اتجاهات القضاة موجودة منذ القدم، ولعل أول صدمة كانت من نصيب الرئيس ماديسون فى اتجاهات القاضى ستورى الذى عينه ليكون مضادا لمارشال إلا أنه سرعان ما تبنى ذات المبادئ التى آمن بها مارشال فيما يتعلق بالمسائل الدستورية وضرورة تقوية السلطة المركزية.

وكان هارى ترومان الذى تولى رئاسة الولايات المتحدة سنة ١٩٤٥ قد أكد أنه حاول السيطرة على المحكمة عن طريق التعيينات إلا أنه فشل فما أن يعين شخصا ما بداخلها حتى يكف عن صداقته واتفاقه معه، وقد عين ترومان أربعة لم يعجب بأدائهم جميعا وخاصة صديقه الحميم والذى كان مدعيا عاما «توم كلارك» والذى فجع فى موقفه ضده فى قضية عمال مصانع الصلب سنة ١٩٥٢، إذ لم يجز كلارك وخمسة من زملائه أمر ترومان بالقبض على هؤلاء العمال.

وقد رشح «نيكسون» القاضى هارى بلاكمان سنة ١٩٧٠ كى يقوى من الاتجاه المتحفظ بزعامة رئيس المحكمة وارن بيرجر بحسبان أن الصداقة بين بلاكمان وبيرجر كانت قوية للغاية لدرجة أن الصحافة أسمتهما توءم مينسوتا، إلا أنه تدريجيا بعد دخول بلاكمان للمحكمة اتجه إلى الجناح الليبرالى بها[40].

وعلى الإجمال فإن الرؤساء الذين دققوا فى الاختيار كانوا أوفر نجاحا من هؤلاء الأقل دقة.

ورغم ذلك لا ينتظر من القاضى أن يتفق مع كل قرار للرئيس لأن وقائع القضية والقانون تؤدى

كثيرا للوصول إلى نتائج بخلاف ما يتمنى القاضي.

ولا يعد الرئيس نيكسون فاشلا في اختياره - إذ إنه حقيقة كان من الناجحين في الاختيار - لمجرد أن المحكمة العليا قررت بالإجماع في قضية فضيحة ووترجيت تسليم تسجيلات أحاديثه إلى جهة التحقيق، الأمر الذى كان يعنى بالبداهة القضاء على مستقبل نيكسون السياسي وهو الأمر الذى حدث بالفعل.

والحقيقة أن الذى يده فى الماء ليس كالذى يده فى النار، ولا جدال فى أن مواقف القاضى السابقة قبل دخوله المحكمة لا بد وأن تختلف عن مواقفه بعد أن أصبح عضوا عاملا فى كتيبة المحكمة، وبعد أن يشعر باستقلاله الكامل وخدمته مدى الحياة وحصانته.

وكان إيرل وارن [41] قد أكد بعد أن استقال من قيادة المحكمة لمدة ستة عشر عاما أنه لا يتصور أن يكون المرء عضوا بالمحكمة ولا يغير اتجاهاته بتغير السنين.

٣- الترشيح كجائزة سياسية أو شخصية:

إن معظم المرشحين للمحكمة العليا كانوا على علاقة شخصية بالرؤساء الذين رشحوهم والرئيس ترومان يعد من أكثر الرؤساء اهتماما بهذا العامل.

وكما أسلفنا فقد كان ترشيح ايزنهاور لإيرل وارن كرئيس للمحكمة العليا نظرا لشعوره أنه مدين له لمساندته الرئيسية للرئيس فى انتخابات سنة ١٩٥٢ إبان كونه محافظا لكاليفورنيا.

كما أن فرانكلين روزفلت اختار (برين) لعضوية المحكمة سنة ١٩٤١ لكى يعوضه عن حرمانه من ترشيحه كنائب رئيس الحزب الديمقراطى سنة ١٩٤٠ ونظرا لخدماته الكبيرة التى قدمها لروزفلت، وكان اختيار جاكسون للقاضى تانى مبنيا على العلاقة الحميمة بينهما وقد فشل الترشيح لعضوية المحكمة ونجح لرئاستها. كما قد تكون الجائزة بمفهوم آخر وذلك لتحريك شخص مشاغب من منصبه وذلك هو الحال بالنسبة لترشيح الرئيس ويلسون (لجيمس ماكرينولدز) وترشيح الرئيس كولدجز (لهارلن ستون) إذ كان مبعث ذلك هو الرغبة فى تحريك كل منهما من منصبه الذى كان يشغله وهو وزير العدل (رئيس دائرة العدل) نظرا لتسببهما فى مشاكل كبيرة أثناء شغل هذا المنصب.

ويلاحظ أن حوالى ٩٠٪ من كل الترشيحات للمحكمة العليا كانت لأشخاص ينتمون لحزب الرئيس.

٤- الرغبة فى الحصول على المساندة السياسية:

إنه لمن الطبيعى أن يحاول الرؤساء بناء مساندة سياسية قوية لهم لذا فقد استخدمت الترشيحات للمحكمة العليا فى هذا الشأن مثلها مثل الترشيحات الوزارية وقد تكون الأولى أكثر قوة وأكبر أثرا، وفى البداية سعى الرؤساء لإعطاء كل إقليم فى الدولة ممثل ليحصلوا على رضاء أكبر عدد من المصوتين، وكان اختيار الرئيس كليفلاند للمدعو **Fuller** كرئيس للقضاة مرعيا فيه التمثيل الجغرافى لكون المرشح من ولاية إلينوى، وقد حارب نيكسون لكى يضع جنوبى فى المحكمة ليقوى من مساندته فى هذا الإقليم. ولكن بصفة عامة فقد قل الاهتمام بالتوزيع الجغرافى الأمر الذى أدى إلى عدم توازن المحكمة جغرافيا، وقد ظهر بدلا من ذلك أسس أخرى للاختيار منها الأساس الدينى ومحاولة تمثيل الأقلية الدينية، فقد جاء ترشيح كيندى لجولدبرج وإيزنهاور لبرين مرعيا فيه هذا الأمر، وقديما كان

اختيــار الرئـــيس **Mckinely** للقاضى **Mckenna** لهذا السبب .

ويلاحظ أنه وجد دائما عضـو كاثوليكى على الأقل بالمحكمة منذ سنة ١٨٩٤ وكذا وجد عضـو يهودى على الأقل فى الفترة من ١٩١٦ حتى ١٩٦٩ . وما أن تحصل مثل تلك الجماعة على العضوية فإنها تعتبرها حقا لها وإن كان الرؤساء يحاولون المقاومة بالنسبة لهذه الوجهة من النظر، ويلاحظ أن التمثيل على أساس العنصر والجنس بات أكثر أهمية من التمثيل على أساس الدين فقد كان ترشيح (ثيرجود مارشال) للمحكمة السبب فى عضوية أول زنجى بالمحكمة كما كان من الصعب على الرئيس ريجان[42] أن يقاوم الضغط الواقع عليه لترشيح امرأة وبالفعل اختار (ساندرادى أوكنر) لهذا المنصب.

هذا ويلاحظ أن القضاة بالمحكمة العليا القادمين من السيدات أو على أساس دينى أو لكونهم من جماعات الأقلية يميلون لأن يكونوا ديمقراطيين متحررين عن أن يكونوا جمهوريين متحفظين، ويحاول الرؤساء من الجمهوريين كسب مساندة هذه الجماعات لصالحهم عن طريق الترشيحات للمحكمة كما فعل ريجان وإن كان هذا الأمر لم يحقق نجاحا ملحوظا.

ونخلص مما سلف إلى أن العوامل الأربعة سالفة الذكر ذات أهمية إلا أنها تختلف فى الدرجة وأن الرؤساء يعطون أهمية لترشيحات المحكمة العليا عن غيرها من الترشيحات، وأن عاملى الجدارة والأخلاق والانتماء السياسى أكثر أهمية من عاملى الجائزة السياسية أو الشخصية ومحاولة كسب المساندة السياسية، وأن اعتبار قضاة المحكمة العليا أفضل من قضاة المحاكم الفيدرالية وأكثر تعبيرا عن وجهات نظر الرؤساء الذين رشحوهم يكون مرجعه للدقة المبذولة فى اختيارهم وهو الأمر المفقود بالنسبة للمحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا.

الفرع الثانى

العوامل المؤثرة على مجلس الشيوخ فى تأكيد الترشيح

لا بد من موافقة ثلثى الحاضرين من أعضاء مجلس الشيوخ على المرشح (الفقرة ٢ من المادة ٢ من الدستور) ويحال الترشيح إلى اللجنة القضائية بمجلس الشيوخ والتى تعقـد جلسات استماع ثم تصوت على توصية لمجلس الشيوخ ليتخذ ما يلزم، ويتولى مجلس الشيوخ ذاته مناقشة الأمر ثم يتم التصويت بشأنه وترجع فشل الترشيحات لعدة عوامل مختلفة منها:

١- ما يرجع للرئيس : إذ يزداد الفشل كلما كان الحزب المعارض أكثر قوة داخل المجلس فإذا كان حزب الرئيس لا يشكل الأغلبية داخل المجلس فمن المتوقع فشل الترشيح. كما قد يكون السبب راجعا لتوقيت الترشيح فإن كان فى الفترة الزمنية الأخيرة لولاية الرئيس فيمكن فشله، إذ حينئذ يمكن للمعارضة أن تجاهد من أجل إفشال الترشيح إلى حين نجاح مرشحها للرئاسة ومن ثم يمكن لهذا الأخير حال نجاحه أن يرشح شخصا ينتمى لها.

٢- ما يرجع إلى المرشح ذاته: إذ يؤثر بشدة على نجاح الترشيح المؤهلات الموضوعية للمرشح كما يراها الشيوخ فتكبر المعارضة للترشيح كلما ظهر على المرشح نقص فى الكفاءة فى عمله أو نقص فى المستوى الأخلاقى المطلوب كما يهتم الشيوخ بالانتماء السياسى للمرشح ووجهات نظره،

فإذا كانت مخالفة لوجهات نظر أغلبية مجلس الشيوخ فمن الصعب نجاح الترشيح، وتلعب جماعات المصالح المهتمة دورا كبيرا فى لفت أنظار مجلس الشيوخ لوجهات نظر المرشح.

ويلاحظ أنه بصفة عامة إذا توافر لدى المرشح صفتى الجدارة والأخلاق فإن المعارضة للترشيح الناجمة عن الاختلاف الأيديولوجى لاتؤدى عادة لإفشال الترشيح نظرا لأن المسألة تبدو حزبية وغير عادلة، أما فى حالة وجود ضعف فى صفتى الجدارة والأخلاق فإن احتمال الفشل كبير بالنظر لأن المعتدلين من الشيوخ سينحازون لجبهة المعارضة وسنعطى ثلاثة [43]أمثلة لتوضيح الأمر.

١- أبى فورتاس: الرئيس لندن جونسون رشح فورتاس ليشغل منصب قاض بالمحكمة العليا وقد تأيد ترشيحه فى مجلس الشيوخ بأغلبية بسيطة، وفى يونيو ١٩٦٨ عبر رئيس القضاة إيرل وارن عن رغبته فى الاستقالة وقام الرئيس جونسون بترشيح فورتاس ليحل محله.

وإثر ذلك قامت معارضة قوية لفورتاس مرجعها إلى أن فورتاس يمثل المتحررين فى المحكمة ويعبر تماما عن اتجاه محكمة وارن، ومن ثم فقد جلب ذلك معارضة الشيوخ المتحفظين الذين جاهدوا لمنع جونسون من شغل هذا المنصب، لأنهم كانوا ينتظرون أن جمهورى سيتم انتخابه ويفضل أن يتولى الترشيح رئيس جمهورى.

وهذه المعارضة لفورتاس والقائمة على الاختلاف الأيديولوجى قوى من عضدها تصرفان لفورتاس أخلا بمتطلبات الجدارة والأخلاق، أولهما أن فورتاس استمر فى استشارة الرئيس جونسون حينما كان عضوا بالمحكمة وبعض الشيوخ رأوا أن ذلك يهدر الاستقلالية فى بعض الأمور التى تأتى للمحكمة مثل حرب فيتنام، ثانيهما أن فورتاس كان قد أعطى تسع محاضرات لطلبة إحدى الجامعات مقابل خمسة عشر ألف دولار دفعت من بعض رجال الأعمال، وقد رؤى أن فى هذا الأمر مبالغة ومساسا بالنواحى الأخلاقية. وقد أيد ترشيح فورتس باللجنة القضائية وكانت الأصوات (إحدى عشر مؤيدا) مقابل ستة معارضين، ولكن بالمجلس نفسه حدثت مشادة كبيرة بين الأعضاء وانتهى التصويت إلى تأييد من خمسة وأربعين صوتا ومعارضة من ثلاثة وأربعين وكان ينقصه أربعة عشر صوتا ليحقق الحد الأدنى وهو موافقة ثلثى مجلس الشيوخ الحاضرين، وقد أيده ثلاثة وثلاثون من الديمقراطيين الشماليين مقابل أربعة رفضوه ولكن الجمهوريين والجنوبيين كانت معارضتهما قوية لدرجة تكفى لإفشال الترشيح.

٢- وليم رنكوست: فى سنة ١٩٧١ رشح الرئيس نيكسون وليم رنكوست للمكان الشاغر كقاض بالمحكمة العليا وقد كان يشغل منصب مساعد وزير العدل ومسقط رأسه أريزونا، وقد عارض هذا الترشيح الشيوخ المتحررون وذلك نظرا لسجل رنكوست الشديد التحفظ فى مجالات الحقوق والحريات المدينة، وقاد المعارضة المؤتمر القيادى للحقوق المدنية والاتحاد الأمريكى للحريات المدنية.

ورغم ذلك فقد كانت المعارضة ضعيفة للسبب الذى أسلفناه ألا وهو انحصارها فى إطار الاختلاف الايديولوجى حيث إن مقدرة وأخلاقيات رنكوست لا جدال عليها.

وقد تأيد ترشيح رنكوست بواسطة ٦٨ صوتا ضد ٢٦ معترضا. ويلاحظ أن الاعتراض على شخص رنكوست لانتمائه الأيديولوجى لم يؤد لفشل الترشيح حيث إن هذا الاعتراض لم يمنع بعض الديمقراطيين المختلفين معه أيديولوجيا من تأكيد ترشيحه.

٣- روبرت بورك : فى سنة ١٩٨٧ حدث خلاف كبير حول ترشيح الرئيس ريجان للقاضى بورك، والذى عرف كمحام وقاض، وكان من أكثر المنتقدين[44] لقرارات المحكمة العليا فى عهدى وارن وبيرجر ،وكان يدافع دائما عن القصد الأصلى لواضعى الدستور والمصدقين عليه، وعن ضرورة الالتزام بمبدأ التقيد القضائى.

وإثر الترشيح استمعت اللجنة القضائية له وللعديد من المحامين وأساتذة القانون بشأنه، واشتد الخلاف حوله فى الإذاعة والتليفزيون والجرائد والمجلات، وكان معارضوه يؤكدون أن تأكيد ترشيحه يشكل تهديدا للحقوق المدنية وحركة المرأة.

وتأثرا بكل ما سلف رفض مجلس الشيوخ تأكيد ترشيح بورك بنسبه كبيرة تعد أكبر نسبة فى تاريخ رفض الترشيحات.

ويمكن استخلاص عدة حقائق مما سلف:

١- إن الرفض يعد استفتاءً عاما على آراء القاضى بورك فى التفسير الدستورى، ومن ثم فإن أفكاره المتعلقة بالقصد الأصلى والتقيد والتى اعتبرها ديمقراطية غير مقبولة من الوجهة الديمقراطية.

٢- إن موقف محكمة الثمانينات مقبول عامة ولا يرغب فى تحويله جذرياً.

٣-إن جماعات المصالح المضادة للترشيح كانت جيدة التنظيم، وأن اللجنة القضائية بمجلس الشيوخ يسيطر عليها الديمقراطيون.

٤- ضعف مكانة الرئيس ريجان فى أواخر أيامه [45].

المطلب الثالث

حصيلة الاختيار النهائية

إن الشيء الذى يثير الاستغراب حقيقة هو أن الدستور الأمريكى لم يشترط لعضوية المحكمة العليا أن يكون ذلك العضو من القانونيين، إلا أن هذا لم يمنع من اشتراط ذلك عمليا رغم غياب النص، والصفة القانونية تثبت للشخص بأحد أمرين أولهما التدريب القانونى والذى يكون عن طريق محام من الأعضاء البارزين فى النقابة، وهذه الطريقة أصبحت قديمة ويعتبر آخر قاض عين بعد حصوله على التدريب القانونى القاضى «جيمس برينز» والذى عين سنة ١٩٤١.

وثانى هذين الأمرين هو الدراسة بإحدى كليات الحقوق وهذا هو السائد الآن.

والسؤال الذى يثار الآن هو كيف يصل القانونى لعضوية المحكمة العليا؟.

هناك طريقان، أولهما العمل بالمكتب السياسى ويتم التدرج فى المناصب حتى المحكمة العليا، ومن ذلك إيرل وارن والذى مارس القانون لمدة ثلاث سنوات ثم شغل عدة مناصب هامة حتى انتخب وزير عدل لإحدى الولايات ثم حاكم ولاية ثلاث مرات ثم أصبح مرشحا رئيسيا للحزب الجمهورى فى انتخابات سنة ١٩٤٨ حيث رشح كنائب للرئيس.

والطريق الثانى الأقل شيوعا هو الانتقال للمحكمة مباشرة من العمل الخاص دون المرور بالطريق الأول، ومن ثم فقد يحدث تخطى هذا الطريق ومن ذلك فرانكفورتر وفورتاس وباول.

ويلاحظ أن القضاة الذين عينوا بالمحكمة العليا كانوا من كبار السن رغم أن هذا الأمر يثير الدهشة إذ من المفترض أن يتم تعيين قضاة صغار السن كى تطول فترة خدمتهم فى المحكمة وتزداد بالتالى فترة تمثيلهم للرؤساء الذين يعينوهم، وقد يفسر هذا التناقض أنه حتى يصل الشخص إلى المناصب العليا التى يتم اختيار القضاة منها فإنه يحتاج إلى فترة طويلة من الزمن إضافة إلى أن الكفاءة والجدارة تحتاجان لوقت طويل.

ويلاحظ أيضا أن مستوى القضاة بالمحكمة العليا مرتفع إذ إن المستوى الاجتماعى المرتفع كان مهما للحصول على التدريب القانونى كما أن الدراسة بكلية الحقوق غالية الثمن.

ولكن حدث انخفاض نسبى فى هذا الشرط قليلا منذ سنة ١٩٣٧ فوارن بيرجر مثلا كان يدرس فى كلية حقوق ويبيع بوالص تأمين أثناء النهار. ويمكن القول إن اتساع مجال القضاء ومجالات العمل بالحكومة الفيدرالية فتح باب الوصول إلى مناصب عليا فى هذه القطاعات لأشخاص من مستوى بيئى أقل ارتفاعا، وهناك من أشار إلى أن المحكمة العليا[46] فى الفترة من ١٩٦٩-١٩٨٠ كان بها أكبر عدد من القضاة الذين ينتمون إلى مستويات متواضعة فى فترة زمن محددة - إلا أنه رغم ذلك فمستوى القضاة بصفة عامة مازال مرتفعا.

ومن ثم نستطيع أن نقول بصفة عامة إن قرارات المحكمة العليا تعكس ضمير المستوى المرتفع عن الفئة المتوسطة من المجتمع الأمريكى وذلك لأن معظم القضاة نشئوا من هذا المستوى، ويلاحظ أن تمثيل الزنوج والنساء بالمحكمة قليل جدا إذ إن ثرجود مارشال وساندرادى اوكنر هما أول زنجى وامرأة يعينان بالمحكمة، وتفسير ذلك أن المرأة والزنوج يواجهان صعوبة بالغة فى الحصول على التعليم القانونى كما أن هناك حدودا لإمكانيتهما فى الترقى فى المهن القانونية والسياسية وبالتالى فإن أشخاصا قليلين جدا من هاتين الجماعتين هما اللذان يمكنهما الوصول إلى مراكز عالية والتى يتم اختيار القضاة منها، إذ لا بد أن يكون الشخص فى مكانة تجعله مرئيا من قبل رئيس الدولة أو المشتركين فى عملية الترشيح، ومن ثم يحدث أن يوجد شخص تتوافر فيه المؤهلات اللازمة لشغل منصب قاض بالمحكمة العليا ورغم ذلك لا يرشح لأنه شخص غير معروف وستظل مؤهلاته موضع شك نظرا لمركزه البسيط[47].

المبحث الثالث

محل الرقابة الدستورية

تمهيد:

إن رقابة الدستورية التى تمارسها المحكمة العليا تنصب على القوانين الفيدرالية وكذا القرارات الرئاسية الصادرة من رئيس الولايات المتحدة الأمريكية، كما تنصب تلك الرقابة على القوانين الصادرة بالولايات والأوامر المحلية.

وسوف نبحث فى مطلب أول موقف المحكمة العليا من القوانين الفيدرالية وفى المطلب الثانى سوف نبحث موقفها من القرارات الرئاسية وفى المطلب الثالث سوف نبحث موقفها من قوانين الولايات والأوامر المحلية.

وسوف نعبر بلفظ *إلغاء القوانين* أو *القرارات* لنعبر به حقيقة ليس عن *الإلغاء القانونى* ولكن عن *الإلغاء الواقعى للقوانين والقرارات المقضى بعدم دستوريتها*، ذلك أن *المحكمة العليا* الأمريكية لا تملك سلطة الإلغاء القانونى أو حتى الإبطال التى تملكها المحكمة الدستورية فى مصر وإنما تملك سلطة الامتناع عن تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته وعلى المحاكم الأدنى *اتباعها*، والحقيقة أن الأثر فى النهاية يكاد يكون من الناحية الواقعية واحدا، لأنه لا قيمة لوجود نص قانونى دون إمكان تطبيقه عن طريق المحاكم.

وهكذا يغدو تدخل الكونجرس بإلغاء النص المقضى بعدم دستوريته من المحكمة العليا من قبيل إعدام الميت – إن جاز هذا التعبير .

المطلب الأول

موقف المحكمة من القوانين الفيدرالية

إن أول قضاء بعدم دستورية قانون صادر عن الكونجرس تم سنة ١٨٠٣ فى قضية ماربرى ضد ماديسون، ومنذ ذلك التاريخ وحتى سنة ١٩٨٣ ورد بأحد الإحصاءات أن المحكمة قد قضت فى مائة وأربعة عشر قانونا فيدراليا بعدم الدستورية، وهذا الرقم يشير إلى أن المحكمة قد استعملت سلطتها فى الرقابة أكثر من مرة كل سنتين بمعنى أن الاستعمال قد جاء متكررا، ومن ناحية أخرى فذلك الرقم يشكل جزءاً صغيرا جدا من القوانين التى صدرت عن الكونجرس فى تلك الفترة والتى تربو على أكثر من ستين ألف قانون [48].

ونظرا لأن القوانين التى قضى بعدم دستوريتها كانت فى معظمها شديدة الأهمية فقد ظهر أثر الرقابة الدستورية جليا وبصورة تفوق النسبة الرقمية السالفة.

ولقد قضت المحكمة بعدم دستورية قوانين هامة [49] كما حدث فى قضية العبد دردسكوت حيث قضى بعدم دستورية القانون المحرم للعبودية، وفى الفترة من سنة ١٩١٨ إلى سنة ١٩٢٢ قضت المحكمة بعدم دستورية قوانين عمالة الطفل، وفى الفترة من سنة ١٩٣٥ إلى سنة ١٩٣٦ قضت

المحكمة بعدم دستورية قوانين المعاملة الجديدة. وهناك العديد من القوانين التى قضى بعدم دستوريتها لأسباب إجرائية ومعظم تلك القوانين من النوعية السالفة لم تكن لها أهمية بالنسبة للأهداف السياسية للكونجرس والرئيس، كما وجدت قوانين قد ألغى منها بعض الأجزاء غير الهامة.

وفى كثير من الأحيان تقوم المحكمة العليا بإلغاء نصوص بعد مرور عدة سنوات من إصدارها، فحتى سنة ١٩٨٢ فإن نسبة ٦١٪ من إجمالى القوانين الملغاة من المحكمة العليا كانت قد طبقت لفترة تزيد عن أربع سنوات و ٢٨٪ طبقت لفترة تزيد عن اثنتى عشرة سنة [50].

وهذا الإلغاء الذى يتم بعد سنوات عديدة على النحو السالف من الطبيعى ألا يحدث نزاعا مع الكونجرس خاصة إذا كانت الأغلبية المساندة لتلك القوانين قد انقرضت مع مضى الوقت، وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن أقلية من قوانين الكونجرس الهامة هى التى يتم إلغاؤها سريعا.

ويمكن القول بأن الفترة من سنة ١٩١٨ إلى سنة ١٩٣٦ هى أكثر فترات النزاع بين المحكمة والكونجرس إذ ألغت المحكمة تسعة وعشرين قانونا فيدراليا ومعظم تلك القوانين كان له أهمية كبيرة، ففى الفترة من ١٩١٨:١٩٢٨ ألغت المحكمة قانونين لعمالة الطفل وقانون الحد الأدنى للأجر مع عدة نصوص أخرى أقل أهمية وقد سبب ذلك بعض الضغينة لدى الكونجرس والرئيس، ومن سنة ١٩٣٣:١٩٣٦ اشتركت المحكمة فيما أطلق عليه هجوما كاسحا على برنامج المعاملة الجديدة وهو الهجوم الذى انتهى بانسحاب المحكمة التكتيكى سنة ١٩٣٧.

وقد ألغيت التشريعات بعدد أكبر خلال الفترة من ١٩٦٣:١٩٨٣ ولكن معظمها كان غير هام وقديم، وإن كان هناك استثناءات على ذلك مثلما حدث فى قضية (**Buckley v Valeo**) سنة ١٩٧٦ والتى قضت فيها المحكمة العليا بعدم دستورية أجزاء رئيسية وهامة من قانون الحملة الانتخابية الفيدرالى والمتعلقة بتمويل الحملة، وأيضا قضية (**Northern Pipeline Construction Co v. Marathon Pipeline Co.**) سنة ١٩٨٢ والتى ألغت فيها المحكمة نظام التفليس البنكى القضائى الذى كان قد أسسه الكونجرس.

وفى غير القضيتين سالفتى الذكر كانت تدخلات المحكمة عن طريق الرقابة الدستورية محدودة وغير منتظمة[51].

المطلب الثانى

موقف المحكمة من القرارات الرئاسية

تنظر المحكمة العليا فى شرعية الأوامر الرئاسية بالإضافة إلى التشريع. وقد تكون تلك الأوامر (القرارات) مخالفة للقانون أو الدستور أو كليهما، وهكذا تستطيع المحكمة العليا أن تلغى سياسات رئاسية مثلها مثل إلغائها لسياسات كونجرسية.

وقد حدث وألغت المحكمة قرارات رئيسية للرئيس، ففى قضية **Ex parte Milligan** سنة ١٨٦٦ قضت المحكمة بأن الرئيس لينكولن ينقصه السلطة فى تأجيل ما يسمى (**habeas corpus**) وهو عبارة عن (إصدار أمر قضائى بقصد التحقيق فى قانونية إيداع شخص فى السجن) وكان الأمر يتعلق بالسجناء الحربيين.

وفى قضية (**Youngstown Sheet and Tube. Co. v. Sawyer**) سنة ١٩٥٢ أعلنت المحكمة أن

من غير القانوني للرئيس ترومان أن يأمر الحكومة الفيدرالية بأن تغلق شركات الصلب الرئيسية أثناء فترة الإضراب في الحرب.

وفي قضية "Train v. City of New York." سنة ١٩٧٥ حددت المحكمة من سلطة الرئيس في رفض صرف النقود المخصصة بواسطة الكونجرس والذي استعمل من قبل الرئيس نيكسون كي يخفض أو يلغي برامج لا يوافق عليها، وهو الأمر المسمى "Impoundment" أي (التحجيز أو المصادرة).

وفي إحصائية أجريت سنة ١٩٥٧ تبين أن حوالي أربع عشرة قضية فقط هن اللائي قضي فيهن طوال تاريخ المحكمة العليا بعدم شرعية أعمال رئاسية ونصفهن يرجع لأسباب دستورية[52].

والحقيقة أن تدخل المحكمة في القرارات الرئاسية بإلغائها مثله مثل تدخلها في القوانين الكونجرسية يتسم بعدم الانتظام.

المطلب الثالث

موقف المحكمة من قوانين الولايات والأوامر المحلية

تقوم المحكمة العليا برقابة دستورية القوانين والأوامر المحلية بصورة أكبر كثيرا من استعمالها لرقابة الدستورية بالنسبة للقوانين الفيدرالية، فقد ورد بأحد الإحصائيات أنه حتى نهاية سنة ١٩٨٣ كانت المحكمة قد ألغت ١٠٨٨ قانونا ولائيا وأوامر محلية وذلك لمخالفتها للدستور أو القوانين الفيدرالية، والعديد من الإلغاءات تؤثر بصورة غير مباشرة على قوانين بالولايات ليست محلا للطعن، ففي سنة ١٩٧٣ في قضية (Roe v. Wade) وقضية (Doe v. Bolton) ألغت المحكمة مباشرة قوانين الإجهاض في ولايتين، ولكن من المفهوم ضمنيا أن ذلك سينعكس على مشروعية القوانين المماثلة في باقي الولايات، ويوجد فارق مماثل بالنسبة لإلغاء المحكمة للقرارات الصادرة عن الولايات إذ يفوق بصورة كبيرة إلغاء ها للقرارات الصادرة عن رئيس الولايات المتحدة.

ورقابة الدستورية عن طريق المحكمة العليا لقوانين الولايات تمس العديد من الأمور الهامة في سياسة الولاية، فالعديد من الأحكام ساهمت في إلغاء الأساس القانوني للتفرقة العنصرية في الولايات الجنوبية، وفرضت المحكمة على الولايات مجموعة جديدة من القواعد التي يجب مراعاتها بالنسبة للإجراءات فيما يتعلق بالقضايا الجنائية وكيفية معاملة المتهمين الجنائيين، كما حددت المحكمة من سلطة الولايات في تنظيم المسائل الاقتصادية التي يختص بها الكونجرس وفق فقرة السيادة الدستورية .

ونخلص مما سلف إلى أن المحكمة العليا الأمريكية وإن كان لها دور كبير في صنع السياسة في أمريكا إلا أنها ليست الأهم على وجه الإطلاق، ذلك أن النظرة الإحصائية لنشاط المحكمة تثبت أن نشاطها مقصور أساسا على مسائل الحريات المدنية وبعض وليس كل المسائل الاقتصادية، أما تلك المتعلقة بالقانون الخاص مثل العقود والتعويض عن الإيذاء الحادث للأشخاص والاستيلاء والإضرار بالممتلكات فإن دورها محدود جدا.

والمحكمة الحالية ذات دور محدود أيضا فيما يتعلق بإدارة الحكومة للاقتصاد والسياسة الخارجية، وهما مجالان من أهم أنشطة الحكومة.

الفصل الثانى

تطور الرقابة على دستورية القوانين
فى النظام الدستورى المصرى

تقسيم:

مرت رقابة دستورية القوانين فى مصر بثلاث مراحل أولها سابقة على إنشاء المحكمة العليا وثانيها مرحلة المحكمة العليا وثالثها مرحلة المحكمة الدستورية العليا.

وقد رأينا تخصيص مبحث مستقل لكل مرحلة.

وفى المبحث الأول رأينا أن ندرس موقف الفقه وموقف القضاء كلا فى مطلب مستقل، وفى المبحث الثانى رأينا أن ندرس تشكيل المحكمة العليا والملاحظات عليه فى مطلب أول، وفى المطلب الثانى رأينا دراسة اختصاصات المحكمة ومدى اختصاصها بالنسبة للوائح، وخصصنا المطلب الثالث لدراسة طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره .

أما المبحث الثالث المتعلق بالرقابة على دستورية القوانين فى ظل المحكمة الدستورية العليا فقد قسمناه إلى مطلبين، بحثنا فى الأول منهما تشكيل المحكمة والملاحظات عليه وضمانات الأعضاء، وفى المطلب الثانى بحثنا محل الرقابة.

وعلى ذلك ستكون دراستنا فى هذا الفصل على النحو التالى:

المبحث الأول: رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا.

المطلب الأول: موقف الفقه.

المطلب الثانى: موقف القضاء.

الفرع الأول: موقف القضاء العادى.

الفرع الثانى: موقف القضاء الإدارى.

المبحث الثانى: رقابة دستورية القوانين فى ظل المحكمة العليا.

المطلب الأول: تشكيل المحكمة والملاحظات عليه.

المبحث الأول

رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا

فى البداية أغفل المشرع المصرى تنظيم الرقابة فلم تنص الدساتير المتعاقبة من دستور ١٩٢٣ وحتى ما قبل دستور ٧١ على تلك الرقابة رغم أهميتها، وسوف نستعرض موقف الفقه والقضاء المصريين خلال هذه المرحلة التى غاب فيها النص على رقابة الدستورية.

المطلب الأول

موقـف الفقـه

نظرا للصمت الدستورى فقد حدث خلاف[53] بين الفقهاء حول رقابة الدستورية واتجه غالبية [54] الفقه إلى تأييد الرقابة على دستورية القوانين واستندوا فى ذلك لما يلى:

١- ضرورة احترام مبدأ الشرعية فأية حكومة قانونية لا بد وأن تخضع لهذا المبدأ ولا بد من احترام القاعدة الدنيا للقاعدة العليا ولا يجوز المغايرة فى الحكم بين شرعية اللوائح ودستورية القوانين.

٢- تخضع جميع السلطات داخل الدولة للدستور فإذا خالفته السلطة التشريعية فلا يمكن إجبار

القضاء على السير فى هذه المخالفة ومن ثم يحق له القضاء بعدم دستورية القانون ولا يعنى ذلك إلغاء له، فالقاضى ملزم بتطبيق قوانين البلاد العادية واحترام الدستور فى ذات الوقت وتحت إعلاء كلمة الدستور يحق له الامتناع عن تطبيق القانون المخالف[55] ومن ثم فرقابة الدستورية من صميم عمل القاضى.

هذا وقد اتجه قلة [56] من الفقهاء إلى رفض الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، بحسبان أن القضاة تعينهم السلطة التنفيذية وليسوا ممثلين للأمة فلا يمكن أن يكونوا رقباء على ممثلى الأمة، وأن نص المادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية القديمة (والمقابلة للمادة ١٨) من قانون نظام القضاء تقضى بمنع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها ومن ثم يمتنع على المحاكم رقابة دستورية القوانين.

كما ورد بالمذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٤ الخاص بتعطيل بعض أحكام القانون ٢٦ لسنة ١٩١٢ الخاص بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية بأنه ليس لأية هيئة قضائية فى مصر حق الرقابة على دستورية القوانين، كما استند أيضا لمبدأ الفصل بين السلطات لرفض الرقابة وأن دور القاضى ينحصر فى تطبيق القانون حتى ولو خالف الدستور بحسبان أن وزر المخالفة حينئذ يقع على المشرع[57]، وأن امتناع القاضى عن تطبيق القانون غير الدستورى يعد تعديا على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على أعمالها توصلا إلى إهدارها، وأنه لو جاز للقضاء التعقيب على عمل السلطة التشريعية لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على عمل السلطة القضائية بأن تمتنع عن تنفيذ الأحكام التى ترى فيها مجافاة للعدالة أو مخالفة للدستور كما تفهمه هى.

وقد رد على ما سلف على أساس من أن القضاة لا يخضعون للسلطة التنفيذية [58] بعد تعيينهم، وأن المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة ١٨ المقابلة لها لا تؤديان لمنع رقابة دستورية القوانين وإلا لكان من الأولى منع القضاء من رقابة قانونية اللوائح بحسبان أن اللائحة أعلى من الأمر الإدارى وهذا ما لم يقره القضاء والفقه، كما أن الحجة المستمدة من المذكرة التفسيرية مردود عليها بأنها غير ملزمة [59]، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمنع الرقابة إذا فهم بمعناه الحقيقى وهو الفصل المشرب بروح التعاون بين السلطات وقدرة كل منها على إيقاف الأخرى عند حدودها الدستورية.

ودور القاضى إذا كان تطبيق القانون فإن القانون لا بد وأن يفهم بمعناه الواسع والذى يشمل القانون الأعلى وهو الدستور، ومن ثم فطرح القانون احتراما للدستور ليس تدخلا فى اختصاص السلطة التشريعية وإنما ممارسة طبيعة للاختصاص القضائى، إذ إن القضاء لا يلغى القانون وإنما يستبعده من التطبيق فحسب مع استمرار وجوده قائما.

المطلب الثانى
موقف القضاء

الفرع الأول
موقف القضاء العادى

أثيرت مسألة دستورية القوانين لأول مرة أمام القضاء المصرى فى سنة ١٩٢٤ وذلك عندما دفع بعدم دستورية القانون رقم ٣٧ الصادر فى ١٣ سبتمبر سنة ١٩٢٣ المعدل للمادة ١٥١ عقوبات، والخاص بمعاقبة من ينشر أفكارا ثورية يحبذ فيها تغيير النظم الأساسية للدولة على أساس أن ذلك القانون يخالف المادتين ١٤و١٦٤ من دستور ١٩٢٣، وقد رفضت محكمة جنايات الإسكندرية التى قدم أمامها الطعن هذا الدفع وحكمت بالعقوبة، وأيدت محكمة النقض محكمة الجنايات على أساس من أن القانون صدر من الجهة التى تملك الولاية التشريعية ولم تحدث مخالفة للمادتين ١٦٤،١٤ فحرية الرأى المكفولة يجب أن تكون فى حدود القانون ولم تحدث مخالفة للمبادئ الأساسية المقررة بالدستور، ولا يظهر من هذا الحكم إذا ما كانت المحكمة تقر لنفسها على نحو جازم برقابة الدستورية[60] أم لا.

كما طرح الأمر أمام محكمة الجنح الجزئية بتلا وذلك عندما دفع بعدم دستورية قانون الانتخاب الذى تم تعديله أثناء غيبة البرلمان سنة ١٩٢٥ بمناسبة محاكمة العمد المضربين والرافضين استلام دفاتر الانتخاب، وانتهى الأمر إلى إدانة العمد وحدث خلط بين قانون الانتخاب فى ذاته ووسائل تنفيذه [61].

وفى ٥ ديسمبر ١٩٣٠ أصدرت محكمة النقض حكما بصحة القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٩ الذى صدر أثناء إيقاف الحياة النيابية بموجب الأمر الملكى رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨، ومن درس أسباب الحكم يتبين له أن محكمة النقض ناقشت أوجه صحة القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٩ مما يستفاد منه قبول المبدأ بتردد وبغير وضوح [62].

ومما يفخر به ما قضت به محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى أول مايو ١٩٤١[63] [64]، ورغم وجاهة هذا الحكم إلا أن محكمة استئناف مصر الأهلية قد ألغته استنادا إلى حجج الرأى المعارض لرقابة دستورية القوانين.

وقد انتقد[65] الفقهاء الحكم الأخير بشدة.

وللقضاء الجنائى[66] المصرى المختلط رأى فى شأن الدفع بعدم دستورية القانون وذلك فى الحكم الصادر من محكمة الجنايات المختلطة فى ١٩٤٨/١٢/٩، إذ حدث أن اتهمت امرأة أجنبية من قبل النيابة العامة بالترويج للشيوعية عن طريق الدعوة للمذاهب الماركسية وأدانتها النيابة بالمادة ٩٨ فقرة ٣ من قانون العقوبات والمرسوم بقانون رقم ١١٧ الصادر فى ١٩٤٦/٨/١٤ والمعدل لها، وقد دفع بعدم دستورية ذلك المرسوم لأنه لم يعقب صدوره دعوة البرلمان لانعقاد غير عادى ولذا يسقط مفعوله تطبيقا للمادة ٤١ من دستور ٢٣، وقد بحثت محكمة الجنايات ذلك الدفع ورفضته لأسباب ذكرتها ملخصها أن القانون نافذ بالرضاء الضمنى للبرلمان إذ عرض المرسوم على البرلمان فى دورته العامة

فلم يقره أو يرفضه، وقررت المحكمة فى حيثيات حكمها أنها لا تريد الدخول فى النزاع القائم فى فرنسا ومصر حول حق القضاء فى بحث دستورية القوانين، وأكدت على أن كل ما تملكه فى هذا الشأن هو التحقق مما إذا كانت الشروط الشكلية لوجود القانون فى ذاته قد توافرت من عدمه وذلك من حيث الاقتراع على القانون وإصداره ونشره ومن حيث الشروط اللازمة لوجوده إذا صدر فى غيبة البرلمان.

وهكذا يظهر لنا مما سلف أن الوضع حتى سنة ١٩٤٨ ظل بالنسبة لرقابة دستورية القوانين متأرجحا بين المحاكم المصرية البعض يقرها والبعض الآخر يرفضها، ومحكمة النقض ترفض حسم المسألة برأى قاطع رغم عرضها عليها أكثر من مرة، ولم يقر القضاء العادى رقابة الدستورية إلا اقتداء بالقضاء الإدارى على نحو ما سنعرض حالا.

الفرع الثانى

موقف القضاء الإدارى

ويتمثل فى قضاء محكمتى القضاء الإدارى والإدارية العليا وسوف ندرس كلا منهما على حدة.

أ- موقف محكمة القضاء الإدارى:

كان مجلس الدولة قد أنشئ سنة ١٩٤٦ وعلى مايبدو فإنه كان متحفزا لحسم هذه المسألة وجاءته الفرصة ليدلى برأيه فى هذا الأمر سنة ١٩٤٨ وذلك فى الحكم التاريخى الشهير الصادر فى [67] ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨. إذ أكد على حق[68] المحاكم فى بحث دستورية القوانين ويعتبر هذا الحكم فذاً ومتميزاً، ونظرا لأهميته فسوف نورد بعضا من حيثياته فى المتن إذ قررت المحكمة أنه (ومن حيث إنه ليس فى القانون المصرى ما يمنع المحاكم المصرية من التصدى لبحث دستورية القوانين بل والمراسيم بقوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، أما القول بأن فى هذا التصدى إهدارا لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية فى عمل السلطة التشريعية مما يعطل تنفيذه فإنه يقوم على حجة داحضة، إذ على العكس من ذلك فإن فى هذا التصدى إعمالا لهذا المبدأ ووضعا للأمور فى نصابها الصحيح، ذلك لأن الدستور المصرى وإن قرر المبدأ المذكور ضمنا حين حدد لكل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذى تعمل فيه، عندما نص فى المادة ٢٣ على أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور وفى المادة ٢٤ على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب وفى المادة ٣٠ منه على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ... إن الدستور المصرى إذ قرر مبدأ الفصل دون أن يصرح به قد قرنه بمبدأ آخر أكده ضمنا وجعله متلازما معه حين قرر فى المادة ٢٣ على أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين بالدستور وبذلك جعل استعمال السلطات لوظائفها ينتظمه دائما تعاون متبادل بينها على أساس احترام كل منها للمبادىء التى قررها الدستور، فالمبدئان متلازمان يسيران جنبا إلى جنب ويكمل أحدهما الآخر وبغير ذلك لا تنتظم الحياة الدستورية لأنه إذا أهدرت إحدى السلطات أى مبدأ من مبادئ الدستور فإنها تكون قد خرجت عن دائرة المجال المحدد لاستعمال سلطتها، وإذا جاز لها أن تتخذ من مبدأ فصل السلطات علة تتذرع بها لإهدارها الدستور لانتهى الأمر إلى فوضى لا ضابط لها، مما يقطع بأن التزام كل سلطة من تلك

السلطات مبادئ الدستور هو خير الضمانات لإعمال مبدأ فصل السلطات بل وتدعيم البنيان الدستورى جميعه................).

ويظهر من ذلك أن المحكمة قد نبهت إلى أن مبدأ فصل السلطات مقترن بمبدأ آخر هو استعمال السلطات لوظائفها على الوجه المبين والموضح بالدستور، ولا بد من التعاون المتبادل بين السلطات ومن ثم فوفقا لذلك المعنى لا تعارض بين مبدأ فصل السلطات والرقابة القضائية لدستورية القوانين إذ إن تلك الرقابة تحافظ على التوازن بين السلطات الثلاث.

وأضافت المحكمة (ومن حيث إن الدستور المصرى إذا قرر فى المادة ٣٠ منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين فى أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة فى التقدير وفى الفصل لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع).

(ومن حيث إنه لا جدال فى أن الأمر الملكى رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستورى للدولة المصرية هو أحد القوانين التى يجب على المحاكم تطبيقها ولكنه يتميز عن سائر القوانين بما له من طبيعة خاصة تضفى عليه صفة العلو وتسمه بالسيادة بحسبانه كفيل الحريات وموئلها ومناط الحياة الدستورية ونظام عقدها، ويستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادى مع الدستور فى منازعة من المنازعات التى تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أى القانونين هو الأجدر بالتطبيق، وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على ما تقدم أن تتصدى لهذه الصعوبة وأن تفصل فيها على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفى حدودها الدستورية المرسومة لها، ولا ريب فى أنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادى وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى والأجدر بالاتباع، وهى فى ذلك لا تعتدى على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانونا ولا تقضى بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه وغاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل فى هذه الصعوبة وتقرر أيهما الأولى بالتطبيق، وإذا كان القانون العادى قد أهمل فمرد ذلك فى الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التى يجب أن يلتزم بها القاضى والمشرع على حد سواء).

ويظهر لنا مما سلف كيف استطاعت المحكمة أن تحدد الأساس الذى يقوم عليه حق المحاكم فى بحث دستورية القوانين باعتبار أن تعارض القانون مع الدستور هو صعوبة تتولد عن النزاع، وعلى المحكمة أن تفصل فى هذه الصعوبة بموجب وظيفتها القضائية وبالمراعاه لسمو الدستور بصفته القانون الأساسى الذى هو مناط الحياة الدستورية.

وقد اختتمت المحكمة أسباب حكمها بسبب وجيه مستمد من المادة (١٦٧) من الدستور إذ قررت (ومن حيث إن الدستور ذاته قد ردد تلك البداهة القانونية فى المادة ١٦٧ منه حين جعل نفاذ الأحكام السابقة عليه رهينا بأن تكون متفقة مع أحكامه، وغنى عن البيان أن الخطاب فى هذه المادة موجه إلى المحاكم التى قد يقوم لديها مثل هذا التعارض فى التطبيق بين تلك القوانين وبين الدستور، وتُلمح فى هذا النص دلالة مزدوجة إذ حين ناط بها بحث مطابقة تلك القوانين للدستور قد اعتبر أن حقها فى هذا البحث من المسلمات كما أنه أكد سيادة الدستور العليا إذا ما تعارض مع القوانين العادية).

وبهذا[69] الحكم الفذ تكون المحكمة قد حددت أساس الرقابة القضائية وأكدت هذه الضمانة التى

تعد من أهم الضمانات الأساسية فى القانون العام رغم خلو الدستور من النص الصريح عليها. ويرى البعض أن أسباب هذا الحكم متشابهة مع الأسباب التى قررها مارشال لتبرير هذا النظام فى الولايات المتحدة[70].

وقد أيدت محكمة القضاء الإدارى هذا الحكم بأحكام عديدة وتابعها القضاء العادى وأصدرت محكمة النقض [71] فى ١٩٥٢/٢/٧ أول حكم لها يقر حق القضاء فى رقابة دستورية القوانين، وتواترت بعد ذلك أحكام القضاء العادى والإدارى مؤكدة حق القضاء فى رقابة دستورية القوانين إذا دفع بذلك أمامه ولم يقتصر ذلك الحق على جهة قضائية معينة بل كان ثابتا لمختلف المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها.

وكانت المحكمة تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور فى القضية محل الدفع ولا تحكم المحاكم بعدم دستورية القانون ولا تتقيد محكمة أخرى بهذا القضاء ولا تتقيد نفس المحكمة التى أصدرت الحكم به فى قضية أخرى مستقبلا[72] فالحكم له حجية نسبية، ومن أهم التطبيقات القضائية التى قررت مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ما استقر فى قضاء مجلس الدولة من عدم دستورية التشريعات التى تقفل باب الإلغاء والتعويض جميعا، وقد تواترت الأحكام فى هذا الاتجاه بحيث يمكن أن يستخلص منها مايلى:

١- إن المنع من سماع الدعوى فى أى تصرف أو قرار صدر عن سلطة معينة (السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية) سواء بالطريق المباشر أو غير المباشر على نحو شامل مطلق هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية تترتب على تصرفاتها حتى تلك المخالفة للقانون (قانون الأحكام العرفية)، وإعفاء سلطة عامة إعفاءً مطلقا شاملا من كل مسئولية تحققت فعلا فى جانبها وحرمان الناس حرمانا مطلقا من اللجوء للقضاء بأى وسيلة من شأنه الإخلال بحقوق الناس فى الحرية وفى المساواة وفى التكاليف والواجبات والانتصاف، وهى حقوق طبيعية كفلها لهم الدستور ويكون بالتالى قد وقع باطلا لفقدانه شرطا من الشروط التى تنطبق عليها المادة ٤١ من الدستور وهو وجوب ألا يخالف الدستور[73].

وطبقا لهذا المبدأ ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية ما نص عليه المرسوم بقانون ٦٤ لسنة ١٩٥٢ من أنه لاتسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها.

٢- إن رقابة القضاء دون غيرها هى الطريق الفعال لكفالة الحقوق الطبيعية للأفراد وحرياتهم العامة وبها يبقى النظام فى حدوده الدستورية المشروعة، وكل نظام أرسى الدستور أسسه أو وضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما كان نظاما استثنائيا لمبدأ سيادة القانون ومن ثم لرقابة القضاء [74].

وقد قررت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها[75] أنه لوصح فى الجدل أن المرسوم بقانون ١٨١ لسنة ١٩٥٢ – وهو المرسوم الخاص بالتطهير وبجواز فصل الموظفين فى أحوال خاصة بغير الطريق التأديبى – قد استهدف منع التقاضى إطلاقا سواء بالنسبة لطلبات الإلغاء أو التعويض لأضحى قانونا غير دستورى وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحدود الدستورية.

وفى حكم آخر[76] قررت أن منع سماع دعوى التعويض بالإضافة إلى قفل باب الطعن بالإلغاء حكم مناف للأصول الدستورية إذ لا يجوز مصادرة الحقوق وحرمان أصحابها فى الوقت ذاته من تعويض عادل.

ب- موقف المحكمة الإدارية العليا وتقييمه:

١- موقف المحكمة: حدد قضاء المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامه[77]. معنى القانون غير الدستورى بأن قال (إنه ذلك الذى خالف قضاء دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضاه ومرد ذلك أن الدستور - وهو القانون الأعلى فيما يقرره - لا يجوز أن تهدره أداة أدنى وأن وظيفة القضاء هو تطبيق القانون فيما يعرض له من الأقضية).

واستقر قضاء الإدارية العليا على أنه ليس فى القانون المصرى ما يمنع القضاء من التصدى لبحث دستورية القوانين مادامت رقابته لهذه الدستورية تجد حرصا فى نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون دون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه [78].

ورغم الموقف السابق للمحكمة وتقريرها الحق فى رقابة دستورية القوانين إلا أنها تراجعت عن القضاء بعدم دستورية قوانين لا شك ولا جدال فى عدم دستوريتها ويظهر ذلك الاتجاه من التأمل فى ثلاثة أحكام خطيرة أصدرتها المحكمة فى ظل دستور ١٩٥٦ فى ٨ يونيو ١٩٥٧، ٢٥ يونيو ١٩٥٧، ١٢ يوليو ١٩٥٨ على التوالى.

ففى الحكم الأول[79] ذهبت المحكمة إلى تقرير دستورية المادة ٢٩١ من القانون ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم الجامعات رغم أنها تمنع (الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام أية جهة قضائية فى القرارات والأوامر الصادرة من الجهات الجامعية فى شأن طلابها).

وفى الحكم الثانى[80] قررت المحكمة دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو طلب التعويض عن القرارات الصادرة بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبى استنادا إلى المادة الأولى من نفس القانون.

وفى الحكم الثالث[81] قررت المحكمة أيضا دستورية المادة الثالثة من القانون ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ الصادر بإلغاء الأحكام العرفية والتى تنص على أنه «لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو خولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية والاقتصاد، أو أمر أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية، سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شىء مما ذكر أو بسحبه أو بتعديله، أم كان غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة».

وقد قررت المحكمة الأحكام السالفة استنادا إلى المبادئ التالية[82]:

١- إن إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق ذاته إذ إن الحق شىء ووسيلة المطالبة به شىء آخر، ومن ثم فإن المادة ٢٦١ من القانون ٣٤٥ لا تهدر أو تمس أصل حق الطلاب فى فرص الدخول فى الامتحانات أو غيرها حسبما تقرره القوانين أو اللوائح الجامعية[83].

٢- إن القانون هو الذى يقرر الحقوق ويحدد وسائل المطالبة بها قضائية كانت أو غير قضائية ولا

يلزم حتما أن تكون تلك الوسيلة قضائية أو قضائية بوجه دون آخر كطلب التعويض، بل المرد فى ذلك كله إلى ما يرتبه القانون ويحدده وبالشروط والأوضاع التى يقررها لأنه هو الأداة الدستورية التى تملك ذلك كله فى حدود الدستور بغير خروج على مبادئه[84].

٣ - إنه يجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضى وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء، فلا يجوز دستوريا حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء للانتصاف به لأن فى ذلك مصادرة لحق التقاضى وهو حق كفل الدستور أصله، إذ تكون مثل هذه المصادرة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية وهى سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها فى أداء العدالة، ولكن للمشرع من ناحية أخرى أن يحدد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق لأن النصوص الدستورية تقضى بأن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصها، ولا شبهة فى تضييق اختصاص القضاء بعزلة عن نظر بعض الدعاوى مادام القانون هو الأداة التى تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصها.

٤- إن النعى بعدم دستورية القانون لا يستقيم إلا إذا كان الحق الذى يعتدى عليه ذلك القانون من الحقوق التى يكفلها الدستور وكانت وسيلة اقتضائه عن طريق القضاء هى وسيلة يقررها الدستور كذلك، أما إذا كان الحق هو مما ينشئه القانون أو يلغيه وكذلك إذا كانت وسيلة اقتضائه هى مما ينظمه القانون على الوجه الذى يراه فلا يكون ثمة وجه للنعى بعدم دستوريته، فعلاقة الموظف[85] بالحكومة هى علاقة تنظيمية وتقليد الوظيفة العامة لا يرتب حقا فيها على غرار حق الملكية مثلا ، ومن ثم فإن بقاءه فيها ليس حقا ينهض إلى مرتبة الحقوق الدستورية تلك الحقوق المنصوص عليها فى الباب الثالث من الدستور.

٥- إن قفل باب الطعن بالإلغاء والتعويض جميعا فى أعمال سلطة أو هيئة عامة يكون مخالفا للدستور إذ صدر به مرسوم بقانون ولكنه يكون مشروعا وغير مخالف للدستور إذا كانت أداة إصداره هى القانون[86].

٦- إن المقصود بالمساواة أمام القضاء هو عدم التفرقة بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، ولا يمكن أن تفهم المساواة أمام القضاء بالقياس بينهم (الطلبة) وبين طائفة أخرى من الأفراد لا شأن لهم فى النظم الجامعية[87].

٢- تقييم موقف المحكمة:

يظهر مما سلف أن هذه الأحكام تعد ردة عن الاتجاه القضائى الذى كانت تسير عليه محكمة القضاء الإدارى، وهونت تلك الأحكام الأخيرة كثيرا من قيمة حق التقاضى استنادا إلى حق المشرع فى تحديد اختصاص القضاء، ونرى أن حق المشرع السالف لا يعد حلا للمشكلة القائمة كما أن التفرقة بين الحق وسيلة اقتضائه لا تغنى أيضا رغم أنها تفرقة فنية صحيحة لأن حق التقاضى بشأن الحقوق المختلفة يعد تعبيراً عن مبدأ الشرعية والحكومة المقيدة، فسلطة المشرع إزاء حق التقاضى لا يجوز أن تتجاوز التنظيم إلى الإهدار والمصادرة ،ويتساوى فى تقديرنا أن يتم قفل باب الطعن بقانون أو بواسطة مرسوم بقانون، ولا يمكن فهم موقف المحكمة فيما يتعلق بفرض الحرمان من الالتجاء إلى القضاء على الناس كافة إذ إن ذلك فرض نظرى لا يخطر ببال أحد وإذا وقع جدلا فلن يكون اعتداء على حق التقاضى وحده وإنما على استقلال القضاء وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات[88].

وإذا كان لا شك فى أن التفرقة فى المعاملة بين أفراد ينتمون إلى نفس الطائفة (الطلبة مثلا) ينطوى على إخلال بمبدأ المساواة إلا أن شمول المعاملة الخاصة لطائفة أو جماعة بأكملها لا يعنى دائما تحقق المساواة، فلا بد لتحقق المساواة رغم شمول المعاملة الخاصة أن يكون هناك أساس[89] موضوعى معقول لتلك المعاملة.

هذا ويعلل هذه الردة القضائية فى رأى د/ أحمد كمال[90] أبو المجد الوضع الاستثنائى المؤقت الذى اجتازته البلاد كلها بعد الثورة وهذا فى حقيقته ليس إلا تعبيرا مهذبا عن حقيقة الوضع فى فترة صدور تلك الأحكام حيث كانت الدكتاتورية على أشدها، ولا يمكن للقاضى أن يعمل حكم الدستور فى ظل جو إرهابى وفى ظل اهتزاز مقعده [91] من أسفله ولا شك أن تلك فترة رهيبة طاغية أثرت على كل من عاصرها حتى القضاء، لأن القاضى فرد يعيش فى مجتمع فى نهاية الأمر.

وهذه الأحكام رغم إقرارها لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين إلا أنها انتهت إلى دستورية قوانين لاجدال فى أنها غير دستورية، ومن ثم يظهر لنا جليا مدى كون رقابة الدستورية وسيلة احتياطية لحماية الحقوق والحريات الدستورية أما الوسيلة الأصلية فهى تأصيل روح الحرية واحترام الدستور لدى الحكام والمحكومين على حد سواء وهذا هو مضمون ما عبر عنه القاضى والفقيه ذائع الصيت ليرند هاند حيث قال:

«إن روح الحرية إذا اخمدت فى قلوب الرجال والنساء فلن تجدى فى إحيائها دساتير ولاقوانين ولامحاكم أما إذا عاشت حقيقة فى تلك القلوب فإنها لن تحتاج إلى هذه الدساتير ولا القوانين ولا المحاكم[92]»

المبحث الثانى

رقابة دستورية القوانين فى ظل المحكمة العليا

تمهيد:

كان قد نص بميثاق العمل الوطنى الصادر فى ٣٠ يوليو ١٩٦٢ على مايؤكد إقرار الرقابة على دستورية *القوانين* فقرر تحت عنوان ضمانات مبدأ *سيادة القانون* «ضرورة أن تقام كل *الضمانات* الكفيلة بسيادة القانون بحيث يصدر طبقا للدستور، ومن ثم فقد أصبح ملائما تقديرا للحرية ودعما *لها أن يتقرر إنشاء محكمة دستورية عليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها اواختصاصها* [93]».

وقد أكد بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ على ضرورة إنشاء المحكمة الدستورية العليا والتى يكون لها تقرير دستورية القوانين وتطابقها مع الميثاق والدستور.

وأساس نشأة التفكير فى إيجاد المحكمة الدستورية فى أى دولة إنما يكون أساسا لمعالجة ثلاثة أمور، أولها الخشية من تضارب المحاكم فى شأن دستورية قانون ما بحيث من المحتمل أن يعد دستوريا أمام محكمة وغير دستورى أمام محكمة أخرى وقد يعد دستوريا فى دعوى وغير دستورى فى دعوى أخرى أمام ذات المحكمة، وثانيها قصور رقابة المحاكم العادية إذ إنها لاتفعل أكثر من رفض تطبيق القانون غير الدستورى لكن يظل للقانون آثاره وفاعليته فى غير نطاق الدعوى التى قال فيها القضاء كلمته، وثالثها الحاجة إلى محكمة دستورية يلجأ إليها ابتداءً لتقول كلمة حاسمة فى

إلغاء تشريع معين أو إبقائه[94].

وفي ٣١ أغسطس ١٩٦٩ و استنادا إلى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بإنشاء المحكمة العليا، وفي ٧ فبراير سنة ١٩٧٠ أصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل المحكمة، وفي ٢٥ أغسطس أصدر مجلس الأمة القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا وعقدت المحكمة العليا أولى جلساتها في ٣ مارس ١٩٧٠[95](٩٦)(٩٧).

المطلب الأول

تشكيل المحكمة والملاحظات عليه

نصت المادة (١) من قانون إنشاء المحكمة على أن المحكمة هي الهيئة القضائية العليا بالجمهورية العربية، ونصت المادة (٣) من ذات القانون على أنها تتكون من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين، ويشترط فيمن يعين مستشارا بالمحكمة العليا طبقا لنص المادة (٦) أن تتوافر فيه الشروط العامة لتولى القضاء طبقا لأحكام قانون السلطة القضائية وألا تقل سنه عن ٤٣ سنة ميلادية ويكون اختياره من بين الفئات الآتية:

أ- المستشارين الحاليين أو من في درجتهم من أعضاء الهيئات القضائية المختلفة ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلهامدة ثلاث سنوات على الأقل.

ب- من سبق لهم شغل وظيفة مستشار أو ما يعادلها في الهيئات القضائية لمدة ثلاث سنوات على الأقل.

ج- المشتغلين بتدريس القانون بجامعات الجمهورية العربية المتحدة في وظيفة أستاذ لمدة ثماني سنوات على الأقل.

د- المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا لمدة ثماني سنوات.

وطبقا للمادة ٧ يتم تعيين رئيس المحكمة العليا بقرار من رئيس الجمهورية من بين أعضاء المحكمة العليا أو من غيرهم ممن تتوافر فيهم شروط التعيين ويجوز تعيين رئيس المحكمة دون تقيد بسن التقاعد، ويكون تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية ويكون تعيين رئيس المحكمة العليا ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. ونصت المادة (٣) من قانون المحكمة العليا على أنها تؤلف من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين على أن تصدر أحكامها من سبعة مستشارين ونصت المادة ٢٣ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أن الأحكام وقرارات التفسير تصدر بأغلبيه آراء.

ويلاحظ على تشكيل المحكمة:

١- لم يتم تقسيم المحكمة العليا إلى دوائر مثلما هو الحال في المحكمة الدستورية الألمانية[98] وهذا أفضل لتوحيد الاتجاه ومنع التضارب وهو الغاية المرجوة من إنشاء المحكمة العليا أساسا.

٣- لم يتم تحديد عدد الأعضاء وهذا يمنح السلطة السياسية فرصة إنقاص العدد أوزيادته لتحقيق أهداف سياسية ومن الأفضل تحديد عدد أعضاء المحكمة بمعرفة الدستور وألا يترك ذلك للقانون، فقد يحدث صدام بين الحكومة والمحكمة فتستغل الأولى الأغلبية البرلمانية المؤيدة لها فى البرلمان لمحاولة تعديل قانون المحكمة وقد حدث شيء من هذا فى عهد الرئيس روزفلت [99] . وقد حدد كل من الدستور الإيطالى والسويسرى عدد أعضاء المحكمة، وتحديد العدد فى الدستور أقوى من تحديده فى القانون أما عدم تحديده فى كليهما فهو معيب ويفتح الباب للأهواء وسيطرة السلطة التنفيذية.

٤- اشترط أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية عند تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها ولم يشترط ذلك عند تعيين رئيس المحكمة ولم يتقيد بسن التقاعد بالنسبة له دونا عن الآخرين وهذه تفرقة لامبرر لها طالما لم يؤخذ بنظام أن للرئيس صوت مرجح عند تساوى الأصوات وعند احتساب الأغلبية، وأخذ رأى المجلس يعنى أن المسألة مجرد استشارة وأن هذا الإجراء شكلى وخال من أى أثر موضوعى، فيمكن بالتالى طرح رأى المجلس.

٥- جاء المشرع المصرى موفقا فى اختيار أعضاء المحكمة من عناصر قضائية وقانونية إذ إن موضوع دستورية القوانين هو فى حقيقتة موضوع ذو طبيعة قانونية، ويرى د/ على الباز[100] أن الاختيار كان يجب أن يكون من ضمن قائمة يعدها المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، ونحن نوافق سيادته على ذلك حالة كون العناصر المختارة قضائية أما فى حالة العناصرغير القضائية فهنا لابد وأن يعطى دور لغير المجلس الأعلى للهيئات القضائية إذ لن يكون المجلس فى هذا الشأن هو صاحب الكلمة العليا أو الدقيقة، ومن ثم يكون من الأفضل ترك الترشيح فى هذه الحالة بالنسبة للمحامين لنقابة المحامين وبالنسبة لأساتذة القانون للمجلس الأعلى للجامعات، ولما كان الاختصاص الأساسى للمحكمة هو رقابة دستورية القوانين وهو موضوع من مواضيع القانون العام فكان من الأوفق أن ينص القانون على أن يكون الاختيار من بين أساتذة القانون العام، ونرى أيضا أنه كان من الأوفق أن يختار الأعضاء فيما بينهم رئيسا لهم وقد أخذ الدستور الإيطالى بذلك.

٦- يرى د/ محمد حسنين عبد العال[101] أنه يجب أن يكون تعيين أعضاء المحكمة من اختصاص السلطة القضائية وحدها فى صورة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويقرر أنه ليس هناك داع للاستشهاد بتجارب الدول الأخرى إذ إن التاريخ الدستورى المصرى يظهر أن الخطر الحقيقى على احترام الدستور وسيادة القانون يكمن فى السلطة التنفيذية التى دأبت الدساتير المصرية بما فيها دستور سنة ١٩٧١ على جعل العديد من الاختصاصات لها بما يغريها على الخروج على الدستور والاعتداء على اختصاصات باقى السلطات.

ويرى د/ كمال أبو المجد[102] فى رسالته السالفة أن تدخل السلطة التنفيذية فى تعيين القضاة ليس له أى تأثير إذ إن العبرة ليست بالتعيين ولكن بالقدرة على التدخل فى شئون القضاة بعد تعيينهم، ونرى أن هذا الرأى قد يكون له وجاهة بالنسبة للقضاة غير الدستوريين أما القضاء الدستورى فإنه يراقب دستورية القوانين والتى هى من عمل السلطة التشريعية بالتعاون مع السلطة التنفيذية التى غالبا ما تقترح القانون، لذلك يجب لضمان الجدية خاصة فى الدول النامية والتى لم ترسخ أقدامها فى الديمقراطية بعد ألا تنفرد أى من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بالأمر وإنما من الأفضل أن تشارك السلطات الثلاث[103] فى الاختيار، فيمكن أن يعد المجلس الأعلى للهيئات

القضائية قائمة يشاركه فيها المجلس الأعلى للجامعات ونقابة المحامين فى حدود ما ذكرنا وتقدم تلك القائمة التى يمكن أن يكون بها ضعف أو ضعفى العدد المطلوب لرئيس الجمهورية والبرلمان ليختار كلا منهما نصف العدد المطلوب، وهذه الطريقة فى تقديرنا بالاضافة إلى أنها لاتؤدى لانفراد سلطة من السلطات بعملية الاختيار فإنها تؤدى لدقة الاختيار وترفع كفاءة المحكمة، ولمنع صعوبة ازدواج جهة الاختيار يمكن أن ينص فى قانون المحكمة على أن يكون العدد المطلوب تعيينه زوجيا وأن يحدد رئيس الجمهورية قراره أولا ثم البرلمان أو العكس حتى لايتزامن القراران.

٧- يعاب على قانون المحكمة العليا أنه جعل التعيين لمدة مؤقتة وهى ثلاث سنوات قابلة للتجديد حيث نصت المادة السابعة على أن يكون تعيين رئيس المحكمة ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ومن ثم فيمكن عن طريق التجديد أو عدمه التأثير على اتجاهات المحكمة [104]، ويلاحظ أن أعضاء المحكمة العليا يعينون مدى الحياة فى أمريكا وفى إيطاليا يعين أعضاء المحكمة الدستورية لمدة تسع سنوات ونرى أن الأسلوب الأمريكى أفضل.

المطلب الثانى

اختصاص المحكمة العليا برقابة الدستورية وموقفها من اللوائح

الفرع الأول

اختصاصات المحكمة العليا برقابة الدستورية

حددت المادة (٤) من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والخاص بالمحكمة العليا اختصاص هذه المحكمة[105] على النحو التالى:

١- الفصل فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم.

٢ - تفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى.

٣ - الفصل فى طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى منازعات الحكومة والقطاع العام.

٤ - الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص.

ويهمنا من تلك الاختصاصات الاختصاص الأول.

ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون السالف السبب الذى من أجله عقد الاختصاص برقابة دستورية القوانين للمحكمة العليا إذ قررت أن السبب هو الرغبة فى عدم ترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائى فى الجمهورية العربية المتحدة وحتى لاتتباين وجوه الرأى فيه [106].

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المعنى فى حكم لها إذ قررت أن المشرع قد حسم بذلك الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التى كانت تنظر على الشيوع بينها موضوع دستورية القوانين وكفل

وحدة النظام القانونى واستقراره وسد ثغرة عميقة فى نظامنا القضائى والقانونى [107].

وكان مفهوم الفقرة (١) من القانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بالمحكمة العليا أن المحاكم المختلفة ينحصر دورها فى وقف الفصل فى الدعوى الأصلية وتحديد مهلة لصاحب الشأن كى يرفع دعواه أمام المحكمة العليا، ولم يكن للمحكمة التى يثار أمامها الدفع أية سلطة تقديرية بصدده وكان من شأن ذلك أن يؤدى لعرقلة السير فى الدعاوى فيمكن للخصم الذى يريد التعطيل أن يدفع بعدم الدستورية واثقا من أن ذلك سيستجاب له، وقد تفادى المشرع هذا العيب الخطير حين اشترط فى القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠[108] والخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا أن يكون الدفع جديا، ومن ثم يجوز للمحكمة التى أثير أمامها الدفع أن ترفضه حالة عدم جديته ويكون لمبدى الدفع حق التظلم أمام الجهة الأعلى فى القضائين العادى والإدارى حسب الأحوال ولادخل للمحكمة العليا فى هذا الشأن.

هذا ويلاحظ أن المشرع قد قصر اختصاص المحكمة العليا على طلب الفصل فى دستورية القوانين التى تحال إليها عن طريق الدفع، ومن ثم لايجوز لمحكمة الموضوع أن تحيل إلى المحكمة العليا قانونا يراد تطبيقه على الدعوى وترى عدم دستوريته، وهذا عيب كبير فى نظام المحكمة العليا إذ سوف تضطر المحاكم إلى تطبيق قانون ترى أنه غير دستورى والمفروض أن عدم الدستورية من النظام العام.

ونظرا لهذا الموقف ذهب رأى فى الفقه [109] إلى أن للمحاكم جميعا اختصاص محدود فى مجال الرقابة على دستورية القوانين يختلف عن اختصاص المحكمة العليا فالمحكمة العليا هى وحدها التى تملك الحكم بعدم دستورية قانون أو بدستوريته ويكون حكمها ملزما لجميع جهات القضاء، بينما المحاكم الأخرى إما أن ترفض تطبيق قانون يظهر لها أنه غير دستورى شريطة ألايثار دفع أمامها بعدم الدستورية وألا تكون المحكمة العليا قد قررت فى نزا ع آخر دستوريته وإما أن تستمر فى نظرالدعوى متجاهلة الدفع بعدم الدستورية لعدم الجدية.

وذهب صاحب هذا الرأى أيضا أنه سواء اعتبرت المحاكم القانون دستوريًا ورفضت الدفع أواعتبرته غير دستورى ولم تطبقه فإن لهذا الحكم حجية نسبية حتى ولو كان صادرا من محكمة النقض أو الإدارية العليا فالحجية النسبية مقصورة على الأطراف والمحل والسبب.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأى ونرى أنه لازم انسياقا مع حكم الضرورة بحسبان أن هناك نقص فى قانون المحكمة لأنه لم ينص على حالة عدم الدفع رغم عدم دستورية القانون، وهنا لايمكن إجبار المحاكم على تطبيق قانون ترى أنه غير دستورى إذ إن عدم الدستورية من النظام العام.

الفرع الثانى

موقف المحكمة العليا من رقابة دستورية اللوائح

أشارت المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا لاختصاص المحكمة دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين ولم تشر إلى اللوائح، وقد اتجه بعض الفقه إلى قصر رقابة المحكمة على القوانين واللوائح التى لها قوة القانون وهى اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة التى يصدرها رئيس

الجمهورية طبقا للمادتين ١٤٧،١٠٨ من الدستور (القرارات بقوانين) وذلك دون باقى اللوائح مثل لوائح الضبط واللوائح التنفيذية والتنظيمية، والتى تظل من اختصاص مجلس الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أو من اختصاص المحاكم العادية فى الأحوال التى تختص بنظرها[110].

والرأى الذى تغلب وأيدته المحكمة العليا هو رقابتها لجميع أنواع اللوائح إذ حدث أن دفع أمام إحدى المحاكم المدنية بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ بإصدار نظام العاملين بالقطاع العام وذلك فيما تضمنه من تعديل لطرق التظلم من الجزاءات التأديبية الموقعة على هؤلاء العاملين، وأخذت المحكمة بالدفع وأوقفت الدعوى وكلفت ذوى الشأن برفع دعوى الدستورية أمام المحكمة العليا، وأمام المحكمة العليا دفعت الحكومة بعدم القبول بحسبان أن اختصاص المحكمة يقتصر على رقابة دستورية القوانين فحسب إلا أن المحكمة قضت برفض الدفع ، وأكدت أن[111] [112] رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسى الذى يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولما كان الهدف لايتحقق على الوجه الذى يعنيه المشرع فى المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفى مذكرته الإيضاحية إلا إذا نشطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا بل إن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوافر بها من الدراسة والبحث والتمحيص فى مراحل إعدادها ما لايتوافر للتشريعات الفرعية، ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها إلى المحاكم لتقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستوريتها بأحكام غير ملزمة يناقض بعضها بعضا.

الفرع الثالث

موقف الفقه من رقابة المحكمة العليا للوائح

انتقد بعض الفقهاء ومنهم د/ محمود عاطف البنا موقف المحكمة العليا على ركيزة من أنه وإن كان يعد صحيحا أن مظنة الخروج على أحكام الدستور فى التشريعات الفرعية أكبر من التشريعات الأصلية إلا أن ذلك لايعد سببا كافيا للاختصاص، فمظنة الخروج قائمة بالنسبة للقرارات اللائحية أو الفردية والعقود الإدارية ولم يقل أحد رغم ذلك باختصاص المحكمة العليا بذلك.

فقد يحدث ألا يكون هناك قانون ولائحة بين القرار والدستور فيكون العيب الذى أصاب القرار هو عدم الدستورية، فالمادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ تقرر أنه (لايجوز للإدارة مصادرة الصحف إلا بناء على تشريع ينظم هذه المصادرة) فإن لم يصدر التشريع وصدر قرار بالمصادرة فيكون القرار مخالفًا للدستور.

كما أن العقود الإدارية يمكن أن تخرج على الدستور وذلك كعقد قرض دون موافقة مجلس الشعب بالمخالفة لنص المادة ١٢١ من دستور سنة ١٩٧١.

ومن ثم فإن القول بأن اللوائح لايتوافر لها ما يتوافر للقانون من الدراسة والبحث والتمحيص وأن

منها ماينظم حريات المواطنين وأمورهم اليومية وأن أعمال السلطة التنفيذية فى تطور مستمر كل ذلك يؤكد ضرورة الرقابة، إلا أن ذلك لايعنى لزاما أن يكون الاختصاص للمحكمة العليا فالقضاء الإدارى بحكم تكوينه وتخصصه هو الأقدر على ذلك.

والقول بأن اللوائح تعتبر أعمالا تشريعية من حيث الموضوع دون الشكل ليس حجة كبيرة إذا المعمول به فى مصر هو المعيار الشكلى.

ومن ثم فخلاصة القول أن سيادته[113] يرى إبقاء الاختصاص بشأن دستورية اللوائح للمحاكم الإدارية والعادية.

وقد تولى د/ عادل عمر شريف[114] الرد على حجج د/ محمود عاطف البنا بأن قال:

١- إن سند إخضاع اللوائح لرقابة الدستورية هو المعيار الموضوعى أما القرارات الإدارية الفردية والعقود الإدارية فكلاهما ليس قانونا سواء من ناحية الشكل أو الموضوع.

٢- إن جعل رقابة دستورية اللوائح من اختصاص القضاء الإدارى أمر يتعارض مع الغرض من إنشاء المحكمة العليا وهو مركزية الرقابة، بالإضافة لأن القضاء الإدارى قضاء مشروعية وليس قضاء دستورية.

٣- إن المعيار الشكلى لايعتد به دائما فيمكن الاعتداد بالمعيار الموضوعى فى بعض الأحيان بدليل ما أقره الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ من رقابة المحكمة الدستورية العلياللوائح.

٤- إن القول بمساس قضاء المحكمة العليا السالف لاختصاصات القضاء الإدارى التى حددها قانون مجلس الدولة أمر غير سديد إذ إن المشرع هو الذى يحدد جهات القضاء ويعين اختصاصها وطالما أنشأ المشرع الدستورى المحكمة العليا وحدد اختصاصها برقابة دستورية القوانين وهو الأمرالذى فهمته المحكمة العليا بأنه يشمل القوانين من الناحية الموضوعية أيضا فلا تثريب على ماقضت به المحكمة.

- وإن كان لنا أن ندلى بدلونا[115] فى هذا الشأن فلا اختلال فى سلامة ما اتجهت إليه المحكمة العليا، خاصة وأن ذلك سيؤدى لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة من تطبيق لوائح غير دستورية عليهم تكون قد تحصنت بانقضاء مواعيد الطعن المقررة ومن ثم لن يستطيع القضاء الإدارى إلغاءها وإن استطاع إلغاء القرارات الفردية الصادرة استنادا إليها والتعويض عنها، بينما يستطيع القضاء الدستورى القضاء بعدم دستورية تلك اللوائح لمخالفتها للدستور رغم تحصنها من الطعن عليها بالإلغاء وذلك سيجبر الحكومة على إلغائها أو تعديلها بما يتفق مع الدستور[116] [117].

المطلب الثالث

طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره وحجيته

تقضى المحكمة بدستورية أو عدم دستورية القانون أو اللائحة محل الطعن ويقتصر دورها على هذا الأمر ولايصل أبدا إلى الفصل فى أصل النزاع[118] الذى كان مطروحا أمام المحاكم التى أوقفت الدعوى، حتى ولو كان ماقضت به المحكمة من شأنه أن يبرئ متهما فى دعوى جنائية أو يؤدى لرفض

الدعوى محل الطعن لعدم استنادها لقانون دستورى[119].

ولم يتضح من قانون المحكمة العليا طبيعة آثار الحكم الصادر من المحكمة العليا عدا ما نص عليه فى المادة ١٢ من أن تكون أحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن وكان مفهوم هذا النص أن الحكم له حجية نسبية فى إطار الدعوى محل الطعن.

ثم جاء قانون الإجراءات والرسوم ليفرض الحجية المطلقة بنص المادة ٣١ منه التى قضت بأن «أحكام المحكمة العليا فى دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء». وهذه الحجية مطلقة بحيث إنها تلزم جهات القضاء بما تقرره المحكمة العليا من حيث دستورية أو عدم دستورية القانون المراد تطبيقه.

فلايجوز للمحاكم أن تقرر وقف أية دعوى إذا أثير دفع سبق للمحكمة العليا قول كلمتها فيه. كما يجوز للخصوم تعجيل الدعوى التى أوقفت لدفع بعدم دستورية قانون إذا صدر بشأن ذلك القانون حكم من المحكمة العليا فى دعوى أخرى باعتبار أنه ملزم لجميع جهات القضاء، وإذا حدث وطرح نزاع فى دستورية قانون أمام المحكمة العليا وكان قد سبق لها أن قالت كلمتها فيه سواء بالدستورية من الناحية الموضوعية أو عدمها فإن المحكمة حينئذ تقضى بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها، أما إذاكانت قد نظرت فى النص وأكدت دستوريته من الناحية الشكلية فلاينال ذلك من إمكانية الطعن المُوضوعى عليه.

وتلتزم الهيئة التنفيذية بقضاء المحكمة ويصير القانون رغم عدم إلغائه رسميا عديم الأثر ولا إلزام فيه، والهيئة التشريعية عليها إما أن تلغى القانون غير الدستورى أو تصححه شكلا أو موضوعا بحسب الأحوال.

ويلاحظ أن المشرع قد حقق العلم لدى الكافه بأحكام المحكمة العليا وذلك بنصه فى المادة ٣١ على ضرورة النشر فى الجريدة الرسمية لمنطوق الأحكام الصادرة بالفصل فى دستورية القوانين.

ويعاب على ذلك أن مسألة النشر ليس مكانها قانون الإجراءات وإنما قانون إنشاء المحكمة العليا ولايمكن تبرير هذا الخطأ ولا الخطأ الآخر الخاص بأثر الحكم الصادر من المحكمة العليا والذى تم تداركهما فى قانون الإجراءات إلا بالسرعة المفرطة فى إصدار قانون المحكمة العليا.

المبحث الثالث

الرقابة على دستورية القوانين فى ظل المحكمة الدستورية العليا

تمهيد:

صدر الدستور المصرى[120] فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ ناصًا على إنشاء المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة بذاتها وأعطاها الحق وحدها فى رقابة دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية ونص الدستور فى المادة ١٩٢ منه على أن (تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة فى القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا)[121] .

وقد أعطى الدستور الحق لقانون المحكمة الدستورية العليا فى أن يحدد اختصاصاتها الأخرى

وبالفعل صدر ذلك القانون فى ٢٩ أغسطس ١٩٧٩ وكان يحمل رقم ٤٨ ليعمل به بعد أسبوعين من تاريخ نشره.

ونشر بالفعل فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩ وتناول هذا القانون تنظيم المحكمة واختصاصاتها والإجراءات واجبة الاتباع أمامها وأثر الحكم الصادر من المحكمة. ويلاحظ أن الإجراءات وردت بذات القانون ولم تنفصل عنه كما حدث بالنسبة للمحكمة العليا.

المطلب الأول

تشكيل المحكمة والملاحظات عليه

الفرع الأول

تشكيل المحكمة

نصت المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية (مقرها مدينة القاهرة).

ولاشك أن هذا النص أفضل من نص المادة الأولى من قانون المحكمة العليا والذى جعلها الهيئة القضائية العليا بالجمهورية العربية المتحدة إذ بنص قانون المحكمة الدستورية العليا لاتعتبر تلك المحكمة تنظيما قضائيا خاضعا للسلطة القضائية، فهى وإن كانت من الهيئات التابعة للسلطة القضائية إلا أنها تستقل عن وزارة العدل وهيئاتها القضائية وليس لها علاقة بالمجلس الأعلى للهيئات القضائية سوى وجوب أخذ رأيه عند تعيين أعضائها.

ونص القانون الحالى اتساقا مع القانون الخاص بالمحكمة العليا على أن تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من المستشارين وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين.

هذا ويتفق القانونان [122] فى تحديد الفئات التى يتم تعيين أعضاء المحكمة منها وهم المستشارون الحاليون أو السابقون ممن أمضوا فى وظيفة مستشار أو ما يعادلها مدة حددها قانون المحكمة العليا بثلاث سنوات على الأقل وحددها قانون المحكمة الدستورية العليا بخمس سنوات على الأقل، وأساتذة القانون بالجامعات المصرية ممن أمضوا فى وظيفة أستاذ ثمانى سنوات على الأقل (وشمل القانون الأخير صراحة الأساتذة السابقين) ، والمحامون الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ثمانى سنوات طبقا للقانون الأول وعشر سنوات طبقا للقانون الثانى.

– هذا وقد نصت المادة ٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن (يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين[123] ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة، ويجب أن يكون ثلثا أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية.)

ونصت المادة الخامسة من مواد الإصدار على أنه (مع مراعاة حكم الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٥ من القانون المرافق يصدر أول تشكيل للمحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية ويتضمن تعيين رئيس المحكمة وأعضائها ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى القانون المرافق بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة للأعضاء. ويؤدى أعضاء المحكمة اليمين المنصوص عليها فى المادة ٦ من القانون المرافق أمام رئيس الجمهورية.

الفرع الثانى

ملاحظات على التشكيل

أولا: تنطبق ذات ملاحظاتنا[124] التى سبق أن ذكرناها آنفا على تشكيل المحكمة العليا وذلك من حيث عدم تقسيم المحكمة إلى دوائر وعدم تحديد أعضاء المحكمة وأن المشرع جاء موفقا فى اختيار أعضاء المحكمة من عناصر قضائية وقانونية ومن حيث ما سبق أن نادينا به من ضرورة اشتراك السلطات الثلاث فى الاختيار وفق الطريقة التى اقترحناها سلفا.

ثانيا: من مزايا قانون المحكمة الدستورية العليا أنه لم يجعل التعيين بالمحكمة لمدة مؤقتة ومن ثم فقد سد الطريق على السلطة التنفيذية للسيطرة على المحكمة عن هذا الطريق، كما لم يعط القانون ميزة لرئيس المحكمة بالنسبة لسن التقاعد وبالتالى عدل عما كان مقررا فى قانون المحكمة العليا.

ثالثا: رأى د/ سعد عصفور أنه: من العيوب الموجهة لقانون المحكمة الدستورية الاستثناء الذى أوجدته المادة الخامسة/أ من مواد الإصدار إذ لم يكن هناك داع لاستثناء هذا التشكيل الأول إذ المفروض أن يكون التشكيل الأول مرسيا للمبادئ والأسس والأصول وليس من المفروض أن يكون تشكيلا استثنائيا لاتراعى فيه المبادئ والأسس المقررة، ولايفهم من هذا الاستثناء سوى أن السلطة التنفيذية أريد لها أن تكون لها سلطة وسلطان أوسع فى صدد هذا التشكيل[125].

والحق أنه بالتمعن فى نص المادة الخامسة من مواد إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا يتبين للمرء أنه لايوجد أى استثناء قصد به تقوية سلطان السلطة التنفيذية، إذ يبين أن هدف تلك المادة هو ألا يكون اختيار الأعضاء من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة حيث يتعذر ذلك لعدم وجود جمعية عامة للمحكمة أو رئيس لها بعد عند إجراء أول تشكيل.

الفرع الثالث

ضمانات أعضاء المحكمة

نص قانون المحكمة الدستورية العليا على ضمانات متعددة لأعضائها فقرر أن أعضاءها غير قابلين للعزل ولاينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم (م١١)، والجمعية العمومية للمحكمة هى الهيئة المختصة بمحاكمة الأعضاء، وإذا نسب لأحد الأعضاء أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقتضيات وظيفته تولى رئيس المحكمة عرض الأمر على لجنة الشئون الوقتية بالمحكمة التى تقوم بسماع أقوال العضو فإذا قررت أن هناك محلا للسير فى الإجراءات ندبت

أحد أعضائها أو لجنة ثلاثية للتحقيق، ويعتبر العضو المحال إلى التحقيق فى أجازة حتمية بمرتب كامل من تاريخ هذا القرار، وبعد انتهاء التحقيق يعرض الأمر على بقية أعضاء الجمعية العامة منعقدة فى هيئة محكمة تأديبية لتقوم بسماع أقوال العضو وتحقيق أوجه دفاعه ثم تصدر حكما غير قابل للطعن بالبراءة أو بإحالة العضو للتقاعد (م١٩)، ويطبق على أعضاء المحكمة الدستورية قواعد عدم الصلاحية والتنحية والرد والمخاصمة التى تطبق على مستشارى محكمة النقض (م١٥)، وأعطى الاختصاص بذلك للمحكمة الدستورية العليا نفسها ولايقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم إذا ترتب على ذلك أن يقل عدد الباقين منهم عن سبعة أعضاء.

وتسرى الأحكام الخاصة بتقاعد مستشارى محكمة النقض على أعضاء المحكمة (م١٥) ، وتفصل المحكمة دون غيرها فى الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضاء المحكمة أو المستحقين عنهم وتفصل فى طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات (م١٦).

ولايجوز ندب أو إعارة أعضاء المحكمة إلا للأعمال القانونية بالهيئات الدولية أو الدول الأجنبية أو للقيام بمهام علمية (م١٣)، ونصت م١٢ على أنه (.... إذا كان العضو يشغل قبل تعيينه فى المحكمة وظيفة يزيد مرتبها أو البدل المقرر لها عما ورد فى هذا الجدول[126] فإنه يحتفظ بصفة شخصية بما كان يتقاضاه . وفيما عدا ذلك لايجوز أن يقرر لأحد الأعضاء مرتب أو بدل بصفة شخصية ولا أن يعامل معاملة استثنائية بأية صورة)، ونصت المادة ١٨ على أنه (.... ينشأ بالمحكمة صندوق تكون له الشخصية الاعتبارية تخصص له الدولة الموارد اللازمة لتمويل وكفالة الخدمات الصحية والاجتماعية لأعضاء المحكمة وهيئة المفوضين بها وأسرهم)، كما أضافت المادة السالفة فى فقرتها الأخيرة مايلى (ويصدر بتنظيم الصندوق وإدارته وقواعد الإنفاق منه قرار من رئيس المحكمة بعد موافقة الجمعية العامة). وفيما عدا هذه الضمانات تسرى فى شأن أعضاء المحكمة جميع الضمانات والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة لمستشارى محكمة النقض وفقا لقانون السلطة القضائية على أن تتولى الجمعية العامة للمحكمة اختصاصات اللجنة المنصوص عليها فى المادتين ٩٥و٩٦ واختصاصات مجلس التأديب المنصوص عليها فى المادة ٩٧ من قانون السلطة القضائية (م٢٠) . هذا وللمحكمة موازنة مستقلة وأسبغ على الجمعية العامة للمحكمة السلطات المخولة لوزير المالية فى القوانين واللوائح بشأن موازنة المحكمة، ويباشر رئيس المحكمة السلطات المقررة لوزير التنمية الإدارية ولرئيس الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة (م٥٦). هذا وقد خولت الجمعية العامة للمحكمة الاختصاص بالنظر فى المسائل المتعلقة بنظام المحكمة وأمورها الداخلية وتوزيع الأعمال بين أعضائها وجميع الشئون الخاصة بهم كما يجب أخذ رأيها فى مشروعات القوانين المتعلقة بالمحكمة (م٨).

ويرى الدكتور رمزى الشاعر[127] أنه يا حبذا لو أعطيت المحكمة الدستورية سلطة لائحية تستطيع بها أن تكمل النقص الموجود فى التشريعات المنظمة للمحكمة الدستورية وذلك هو الحال فى بعض النظم الدستورية ومنها النظام الإيطالى حيث نص القانون ٨٧ لسنة ١٩٥٣ على تلك السلطة، وتشبه هذه السلطة اللائحية المخولة للمحكمة السلطة المخولة للمجالس النيابية فى وضع لوائحها الداخلية ووجه الاختلاف أن السلطة اللائحية للمجالس النيابية مستمدة من نصوص الدستور بينما السلطة اللائحية للمحكمة مستمدة من تشريع عادى – إن تقررت به ، ونحن نوافق سيادته على هذا الرأى تماما.

المطلب الثاني

محل الرقابة الدستورية

تمهيد :

قام الدستور بتحديد اختصاصين للمحكمة الدستورية العليا وفوَّض المشرع فى تنظيم هذين الاختصاصين وفى تعيين الاختصاصات الأخرى للمحكمة وتنظيم الإجراءات التى تتبع أمامها.

فنص الدستور فى المادة (١٧٥) على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التى تتبع أمامها).

وقد صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ونص فى المادتين ٢٥ . ٢٦ [128]منه على اختصاصات المحكمة[129].

ولما كان البين من الدستور وكذا قانون المحكمة الدستورية العليا أن الرقابة مقصور محلها على القوانين واللوائح ، ولما كان كلاهما متعدد فى تنوعه فقد رأينا أن نخصص فرعا مستقلا لكليهما، وفى فرع ثالث سنبحث مالايصلح محلا للرقابة الدستورية.

الفرع الأول

القوانين كمحل للرقابة

تختص المحكمة برقابة دستورية كافة [130] أنواع القوانين سواء تلك العادية التى تصدر تطبيقا لنص المواد من ١٠٩ الى ١١٣ من الدستور أو غيرها على التفصيل الآتى :

١ – القوانين المكملة للدستور :

وهى القوانين التى نصت عليها المادة ٢/١٩٥ من الدستور حيث استلزمت أخذ رأى مجلس الشورى فى مشروعاتها.

وإذا كانت تخوم وحدود باقى بنود المادة ١٩٥[131] من الدستور والتى يجب أخذ رأى مجلس الشورى بصددها واضحة لاشية فيها إلا أن الوضع مختلف بالنسبة للقوانين المكملة للدستور إذ إن هذه العبارة جديدة كل الجدة فريدة فى بابها لاتعرفها الدساتير المقارنة، إلا أنها– وحسبما قضت [132] به المحكمة الدستورية العليا – تحمل فى أعطافها ضوابط تحديد معناها، ذلك أن الدستور من ناحية قد ينص فى مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعا معينا يتعين تنظيمه بقانون أو وفقا للقانون أو فى الحدود التى يبينها القانون بيد أن صدور قانون فى هذا النطاق لايدل بالضرورة – ومن ناحية أخرى – على أن أحكامه مكملة للدستور ذلك أن الموضوع الذى أحال الدستور فى تنظيمه إلى القانون، قد لاتكون له طبيعة القواعد الدستورية، وليس له من صلة بها بل يعتبر غريبا عنها وخارجا بطبيعته عن إطارها ومن ثم لايكفى لاعتبار تنظيم قانونى معين مكملا للدستور أن يصدر إعمالا لنص فى الدستور بل يتعين – فوق هذا – أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تنظمها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون

العدالة دون تدخل من أية جهة . فالقاعدة المتقدمة - ومايجرى على منوالها - مما تحرص الدساتير المختلفة على إدراجها فى صلبها، باعتبار أن خلوها منها يجردها من كل قيمة فإذا ما اتصل بها تنظيم تشريعي قرر الدستور صدوره بقانون، أو وفقا للقانون، أو فى الحدود التى يبينها القانون ، دل ذلك على أن هذا التنظيم مكمل للدستور، ولاكذلك النصوص التشريعية التى لاتربطها صلة عضوية بتلك القواعد الكلية، فالقانون الذى يصدر إعمالا لنص المادة ١٤ من الدستور محددا أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبى، والقانون الصادر فى شأن العفو الشامل على ماتقضى به المادة ١٤٩ من الدستور، أو فى شأن تنظيم التعبئة العامة وفقا لنص المادة (١٨١) منه. فالتنظيم التشريعى الصادر فى الحدود المتقدمة ، ليس مرتبطا بأية قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة بل يفتقر هذا التنظيم إلى العنصر الموضوعى الذى يدخل القانون الصادر به فى عداد القوانين المكملة للدستور، ولازم ذلك أن شرطين يتعين اجتماعهما معا لاعتبار مشروع قانون معين مكملا للدستور : (أولهما) أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة فى مسألة عينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقا للقانون ، أو فى الحدود التى يبينها القانون، أو طبقا للأوضاع التى يقررها فإن هو فعل دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ فى تقديره درجة من الأهمية والثقل لايجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى. (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها وتلك هى القواعد الدستورية بطبيعتها التى لاتخلو منها فى الأعم أية وثيقة دستورية، والتى يتعين كى يكون التنظيم التشريعى مكملا لها أن يكون محددا لمضمونها منفصلا بحكمها مبينا لحدودها، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئى يجب التحقق من توافره قبل الفصل فى أى نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أولا يعد مكملا للدستور، إلا أنه ليس شرطا كافيا بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك، أن يقوم الشرطان معا متضافرين استيفاء لكل مشروع قانون لاتربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية ، بل يكون غريبا عنها مقحماً عليها، ودلالة اجتماع هذين الشرطين أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور ، والتى يتعين أن يؤخذ فيهارأى مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية لايجوز أن يكون شكليا صرفا ولاموضوعيا بحتا، بل قوامه مزاوجة بين ملامح شكلية وماينبغى أن يتصل بها من العناصر الموضوعية.

فإذا تحددت القوانين المكملة للدستور على النحو السالف فإن عدم أخذ رأى مجلس الشورى بصددها يجعلها غير دستورية من الناحية الشكلية، دون أن ينال ذلك من إمكان الطعن عليها لغير هذا السبب، سواء شكلا أو موضوعا.

وكان د/ رمزى الشاعر[133] قد رأى أنه مادامت القوانين الأساسية فى مرتبة أعلى من القوانين العادية فتكون المحكمة الدستورية مختصة برقابة دستوريتها إضافة إلى رقابة ما إذا كانت القوانين *العادية* قد خالفتها من عدمه.

ويستند سيادته فيما سلف الى نص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا إذ استخدم *المشرع* عبارة « *إذا تراءى لإحدى المحاكم* ..... عدم دستورية نص فى قانون» إذ يمكن أن تفسر عدم الدستورية هنا بأنها المخالفة لأحد مصادر القاعدة الدستورية سواء كانت الوثيقة الدستورية ذاتها أو أحد القوانين المكملة للدستور والتى تعتبر أسمى من القوانين العادية .

ولايوافق د/ عمرو بركات [134]على الرأى الآنف ويرى أن القوانين المكملة للدستور رغم نص

المادة (٢٩) من الدستور لاتعلو عن القوانين العادية، ومخالفة قانون عادى لها لاتعتبر مخالفة دستورية ولاتخضع من ثم لرقابة المحكمة الدستورية العليا ذلك أن المعيار الرئيسى فى نشوء اختصاص المحكمة الدستورية العليا أو عدم نشوئه هو وجود طعن فى قانون لمخالفته لقاعدة من قواعد الدستور وليس لمخالفته لأحد مصادر القاعدة الدستورية، ذلك أن هذه المصادر تمتد لتشمل الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية والعرف ولايعقل بالتالى ان ينعقد اختصاص المحكمة الدستورية العليا لمخالفة قانون لقانون أساسى أولقاعدة عرفية دستورية.

ويرى د/ جورجى شفيق - حقا - أن رقابة دستورية التشريعات تستهدف أساسا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه ، وأن مناط الرقابة هو مخالفة التشريع الطعين لنص دستورى لا لنصوص تشريعية أخرى، فمن ثم يكون المرجع فى مباشرة هذه الرقابة من الناحية الفنية إلى أحكام الدستور القائم لا إلى التشريعات المختلفة أيا كانت مرتبتها وأيا كانت الإجراءات التى تتبع فى إصدارها، إذ هى فى النهاية تشريعات صادرة من المشرع العادى لا المشرع الدستورى [135].

ويؤكد صحة الرأى الأخير خلو أحكام المحكمة الدستورية العليا من الأخذ برأى د/ رمزى الشاعر.

٢ - القوانين الاستفتائية :

يرى د/سليمان الطماوى[136] أن القانون الذى يقره الشعب عن طريق الاستفتاء يسرى حتى ولو خالف الدستور إذ يعتبر الدستور قد عدل بمقتضى هذا القانون بما يرفع القانون الذى تمت الموافقة عليه بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستورى ويتعين الأخذ بهذا الحكم دون نص إذ يعتبر الشعب قد كشف عن إرادته صراحة ومن اللازم الخضوع لهذه الإرادة، والحقيقة أن الدستور المصرى قد نص على حق الاستفتاء فى نصوص متعددة والذى تحدث عنه د/سليمان الطماوى هو الاستفتاء التشريعى وليس الاستفتاء السياسى والمجال التشريعى هو أهم مجالات الاستفتاء وهو الذى يتعلق بقبول أو رفض مشروع قانون يعرض على التصويت الشعبى، ويرى د/ رمزى الشاعر[137] أن الاستفتاء التشريعى لايضفى حصانة على القوانين التى يتم الاستفتاء عليها ولايعترض على ذلك بأن الشعب صاحب السلطة التأسيسية فكل ماهنالك أن الشعب قد حل محل المجلس النيابى فى إقرار هذه التشريعات ولايجب الخلط بين الشعب كسلطة تأسيسية أصلية وبين الشعب كسلطة تشريعية إذ يعتبر الشعب حال قيامه بالاستفتاء سلطة تشريعية يقوم بوظيفته فى إطار القواعد التى حددها الدستور فإن خرج عنها كان تصرفه مشوبا بعدم الدستورية . ويسرى هذا القول على الاستفتاء تطبيقا للمادة ٧٤ أو تطبيقا للمادة ١٥٢ من الدستور.

ويرى د/ عمرو بركات [138] أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا ينعقد برقابة دستورية القوانين ولفظ القوانين قد ورد هنا مطلقا بحيث ينصرف إلى كل قاعدة قانونية موضوعية سواء كانت صادرة من مجلس الشعب أو من رئيس الجمهورية بناءً على تفويض أو بدون تفويض أو وافق الشعب عليها فى استفتاء سواء كان هذا الاستفتاء تطبيقا للمادة ٧٤ أوالمادة ١٥٢من الدستور، ومن ثم فإذا وافق الشعب على قانون فى استفتاء تشريعى وكان هذا القانون كله أو بعضه مخالفا للدستور فيجوز الطعن فيه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ذلك أن الشعب وافق على هذا القانون كقانون عادى وبصفته سلطة تشريعية وليس على أساس أنه قاعدة دستورية أو كسلطة تأسيسية

أصلية. ونحن من جانبنا نؤيد الرأيين الأخيرين ولانوافق على الرأى الأول ونضيف إلى حجج الرأى الأخير القانونية حجة عملية واقعية ، وهى أن القول بالرأى الأول فيه إهدار للنصوص الواردة فى الدساتير الجامدة وتعديلها بغير الطريقة المنصوص عليها بالدستور والمناداة به يؤدى لفتح باب خطير لانتهاك القواعد الدستورية وخاصة فى دول العالم الثالث التى تسيطر فيها السلطة التنفيذية على مقاليد الأمور.

وقد حسمت المحكمة الدستورية العليا الأمر حيث قضت بأن استناد النص المطعون بعدم دستوريته إلى الاستفتاء الشعبى لايخرجه عن رقابة المحكمة الدستورية العليا وذلك عندما دفعت الحكومة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن النص التشريعى المطعون فيه صدر بعد استفتاء شعبى طبقا للمادة ١٥٢ من الدستور، إذ أكدت المحكمة (139) بأن هذا الدفع مردود بأن مانصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن (لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا) لايخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية، ومن ثم لايجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء- الذى رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - ذريعة إلى إهدار أحكامه ومخالفتها كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فى الاستفتاء لاترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لايجوز تعديلها إلا وفقا للإجراءات الخاصة المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور، وبالتالى لاتصحح هذه الموافقة ماقد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور تتقيد بأحكامه وتخضع بالتالى لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية.

هذا فضلا عن أن النص التشريعى المطعون عليه قد صدر فى شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين فى مباشرة الحقوق السياسية التى كفلها الدستور والتى ينبغى على السلطة التشريعية ألا تنال منها وإلا وقع عملها مخالفا للدستور.

٣ - القوانين الملغاة :

إن إلغاء القانون لاينال من إمكانية كونه محلا للرقابة وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا فى العديد من أحكامها الحديثة إذ قضت بأن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها لايحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها - وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة، ذلك أن الأصل فى تطبيق القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيض عنها بقاعدة قانونية أخرى فإن القاعدة الجديدة، تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من هاتين القاعدتين ، فما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعا لحكمها وحدها(140).

واستنادا لتلك القاعدة إذا سرى القانون الجديد بأثر رجعى بحيث أصبح يحكم المركز القانونى لرافع الدعوى الدستورية فى حالة الدفع أو المستفيد فى الدعوى الموضوعية حالة الإحالة فإن المحكمة

لابد وأن تنتهى إلى انتفاء المصلحة ومن ثم تقضى بانتهاء الخصومة أو بعدم القبول حسب الأحوال (141).

٤ - المعاهدات الدولية :

وهى عبارة عن اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التى تخضع لها هذه العلاقة ويستوى فى هذه الاتفاقات أن تكون ذات طبيعة سياسية كمعاهدات الصلح والتحالف أو غير سياسية كمعاهدات التجارة.

وتتحددالمرتبة القانونية للمعاهدات الدولية داخل الدول التى تكون أطرافا فيها وفقا للقواعد التى تحددها دساتير هذه الدول[142] .

وفى مصر نصت المادة (١٥١) من دستور سنة ١٩٧١ على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة.

على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة أو التى تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الموازنة يجب موافقة مجلس الشعب عليها».

والمستفاد مماسلف أن المعاهدة الدولية بعد استيفاء الإجراءات الدستورية والأوضاع المتطلبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها تكون لها قوة القانون لا أكثر، ومن ثم فإنها لاتصل بحال إلى مرتبة النصوص الدستورية ولاتصلح أن تكون مرجعا للرقابة الدستورية إلا أنها تصلح أن تكون محلا للرقابة.

وتراقب المحكمة الدستورية العليا مدى دستورية المعاهدة من الناحية الموضوعية بعد التثبت بحكم اللزوم من توافر المتطلبات الشكلية التى استلزمتها المادة (١٥١) من الدستور ليكون للاتفاقية قوة القانون وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة.

وفى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٩[143] نظرت المحكمة موضوعيا فى دستورية اتفاقية تأسيس المصرف العربى الدولى، كما أنها فى الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٦ كانت قد نظرت أيضا موضوعيا فى اتفاقية التعويضات المبرمة بين الحكومتين المصرية واليونانية ، وقد انتهت فيهما الى الدستورية، ويعد ذلك عدولا حسنا من المحكمة عن سابق قضائها فى الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق بجلسة ١٩٨٤/١/٢١ من أن الاتفاقيات الدولية تندرج تحت أعمال السيادة التى تنحسر عنها الرقابة القضائية.ذلك أن المعاهدة قد تتضمن أحكاما تمس حقوق المواطن كأن تحرمه من الالتجاء لقاضيه الطبيعى أو تقرر جواز القبض عليه أو اعتقاله بغير مراعاة الوسائل القانونية التى نص عليها الدستور وليس متصورا تحصين معاهدة تهدر أحكام الدستور من الرقابة الدستورية.

٥ - القوانين التى أقرهاالمجلس التشريعى رغم بطلان تكوينه:

وتلك تصلح للرقابة إذ إن بطلان تكوين المجلس التشريعى - عند ثبوته - لاينسحب إلى القوانين التى أقرها ولا إلى القرارات والتدابير التى اتخذها قبل نشر الحكم ببطلان تكوينه فى الجريدة

الرسمية، بل تظل جميعها محمولة على أصلها من الصحة بما مؤداه بقاؤها نافذة معمولا بها إلى أن تقرر الجهة المختصة دستوريا إلغاءها أو تعديلها أو تقضى المحكمة الدستورية بعدم دستورية نصوصها التشريعية إذا كانت المطاعن الموجهة إليها تقوم على وجه آخر غير بطلان المجلس التشريعى فى ذاته [144] .

٦ - القوانين الصادرة قبل العمل بالدستور الحالى :

إذا كانت أحكام المادة (٩٢) من القانون المدنى تقضى بأنه لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، فإن مفاد ذلك أن صدور دستور جديد لايؤدى لإلغاء النصوص القانونية السابقة المتعارضه معه تلقائيا بالنظر لطبيعة النصوص الدستورية التى لاتشتمل على تنظيمات تفصيلية ومسهبة مما يؤدى إلى عدم تصور تعارضها الصريح مع نص تشريعى ، ولكن الأغلب الأعم بالنسبة لتعارض القوانين مع الدستور أن يتضمن القانون نصوصا مغايره للأهداف التى رسمها وحددها الدستور وهنا لايمكن القول بالإلغاء الضمنى إذ إنه يفترض أن كلا النصين الناسخ والمنسوخ فى مرتبة تشريعية واحدة وهو الأمر غير المتحقق بالنسبة للقوانين والدستور [145].

ولايمكن القول باستمرار القوانين المخالفة للدستور القائم بمقولة أنها صدرت سليمة قبل صدور ذلك الدستور إذ إن ذلك مردود عليه بأن الرقابة الدستورية تهدف إلى حماية الدستور القائم بغض النظر عن تاريخ إصدارها، ولايجوز أيضا التقرير بسقوطها تلقائيا حتى لايحدث فراغ تشريعى[146].

الفرع الثانى

اللوائح كمحل للرقابة

تختص المحكمة الدستورية العليا أيضا برقابة دستورية اللوائح، والتى تنقسم الى لوائح عادية وأخرى استثنائية، والأولى يستلزمها السير العادى للإدارة ، أى أنها من مستلزمات الوظيفة الادارية ، وهى اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة ، وتشتمل الأخيرة على اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط.

أما اللوائح الاستثنائية فتصدر فى أحوال الضرورة ولاتعتبر من مستلزمات الوظيفة الإدارية وهى لوائح الضرورة واللوائح التفويضية [147] .

وكان البعض قد ذهب إبان المحكمة العليا إلى أن اختصاصها مقصور على اللوائح التى لها قوة القانون، أى اللوائح الاستثنائية ولايمكن التقرير بذلك بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا، إذ نص الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا على اختصاص المحكمة برقابة دستورية القوانين واللوائح وقد ورد لفظ اللوائح مطلقا فلايمكن تقييده ، ولا اجتهاد مع[148] صراحة النص ودليل قصد المشرع إطلاق رقابة دستورية اللوائح أنه عند تناوله لرقابة التفسير قصر سلطة المحكمة الدستورية بشأنها على القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور.

ويرى د/ رمزى الشاعر[149] أنه لاداعى للمغايرة بين اختصاص المحكمة فى مجال دستورية اللوائح عنه فى مجال التفسير .

ونحن من جانبنا نؤيد سيادته فيما ذهب اليه ونرى أن المسألة تحكم تشريعى وليس دستورى إذ تنص المادة (١٧٥) من الدستور على أن المحكمة تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين بالقانون، ومن ثم لايمكن أن يوجه عيب دستورى إلى المشرع عندما غاير بين الدستورية والتفسير بصدد اللوائح فأطلق رقابة دستورية اللوائح وقيد من تفسيرها وإنما يمكن أن يقال أن المشرع لم يحسن السياسة التشريعية ومن ثم لامطعن دستورى على مسلكه، وقد تخالف اللائحة الدستور مباشرة وهنا يتعلق الأمر بعدم دستورية اللائحة، إلا أنه قد يتوسط القانون بين اللائحة والدستور ، وهنا إذا خالفت اللائحة القانون فالمسألة تتعلق بشرعية اللائحة حتى ولو كان هناك مخالفة للدستور فى ذات الوقت، ومرجع ذلك أن عيب عدم الدستورية احتياطى بالنسبة لعيب عدم المشروعية.

وإذا وجد القاضى أن اللائحة تخالف القانون وجب عليه أن يبحث مشروعيتها ولايحيل الأمر الى المحكمة الدستورية العليا، حتى لو اكتشف مخالفتها للدستور أيضا إضافة للقانون .

هذا وتوجد أمثلة عملية عديدة لتعارض اللائحة مع القانون[150] .

وغالبا ماتخالف اللائحة الدستور من الناحية الشكلية (الشكل والاختصاص) أما المخالفة الموضوعية فتكون غالبا للقانون الذى تصدر اللائحة طبقا له ونادرا ماتكون المخالفة الموضوعية للدستور نظرا لندرة القواعد الموضوعية التى يقيد بها الدستور السلطات العامة عند وضع اللائحة [151].

وقد أفصحت المحكمة الدستورية العليا سبب شمول رقابتها للوائح إضافة للقوانين بتقريرها أنه « إذا كان الدستور هو القانون الأعلى الذى يرسم الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لحركتها، ويقرر الحقوق والحريات العامة ويرتب ضماناتها الأساسية، وكانت مظنة الخروج على أحكامه لاتنحصر فى النصوص القانونية التى تقرها السلطة التشريعية، بل تتعداها إلى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحياتها التى ناطها الدستور بها، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية يتمثل فى القانون بمعناه الموضوعى الأعم محددا على ضوء النصوص التشريعية التى تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص فى التشريعات الأصلية أو الفرعية [152] .

وهكذا فإن محل الرقابة القضائية الدستورية يتمثل فى القانون بمعناه الموضوعى الأعم على ضوء النصوص التشريعية التى تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة سواء كانت التشريعات أصلية أم فرعية.

الفرع الثالث

مالايصلح محلا للرقابة

١ - القرارات المنقطعة الصلة بالأعمال التشريعية :

إذا انتفى عن العمل المطعون فيه صفة التشريع الأصلى أو الفرعى فلايصلح محلا للرقابة لذا قضت المحكمة الدستورية العليا بانحسار اختصاصها الولائى بالفصل فى دستورية النصوص التشريعية ، فلا اختصاص لها فى الطعن على قرار مجلس إدارة شركة مدعى عليه فى طعن أمامها بحسبان أنه لايعتبر صادرا عن جهة إدارية تباشر وظيفتها بوصفها سلطة عامة، ذلك أن شركة القطاع العام تعد من أشخاص القانون الخاص، ويعتبر نشاطها واقعا فى منطقة هذا القانون ، وعلاقاتها بالعاملين بها لاتعتبر علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح بل هى علاقة عمل تنظمها أصلا الشروط المتعاقد عليها وتسرى عليها قواعد القانون الخاص ابتداءً وانتهاءً ، دون إخلال بالنظم التى قد يفرضها المشرع فى مجالها تحديدا لبعض جوانبها . ومن ثم لاتتمخض المنازعة فى شأن رواتبهم ومكافآتهم عن منازعة إدارية ، بل هى منازعة مدنية فى طبيعتها ذلك أن القرار المطعون فيه – وقد صدر عن أحد أشخاص القانون الخاص ولتنظيم مسألة من مسائل هذا القانون – لايعد قرارا إداريا، ولو تضمن تنظيما عاما يسرى على العاملين فى الشركة جميعهم ، ولاتتولد عن هذا القرار بالتالى أية قاعدة عامة مجردة مما تتناوله الرقابة القضائية على الدستورية التى تباشرها هذه المحكمة وفقا للدستور وطبقا لقانونها. إذ يعتبر هذا القرار منقطع الصلة بالأعمال التشريعية (153).

وإذا كانت ولاية الدستورية للمحكمة الدستورية العليا تنحسر من القرار الآنف لأنه لايعد أصلا قرارا إداريا حتى يمكن بحث ما إذا كان يمكن اعتباره تشريعا فرعيا من عدمه فإن ذلك مقتضاه أيضا استبعاد القرارات الإدارية الفردية إذ لاتمتد إليها رقابة الدستورية مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور وأوجه خروجها عليها– ذلك أن تلك القرارات التى لاتتولد عنها إلا مراكز فردية أو خاصة تقتصر آثارها على أشخاص معينين بذواتهم وأنه لوصح القول بأن القرارات الإدارية الفردية هى تطبيق لقاعدة قانونية أعلى، إلا أن صدورها إعمالا لها لايغير من خصائصها بل تظل فى محتواها منشئة لمراكز فردية أو ذاتية أو معدلة لها، وهى مراكز تختلف بالضرورة عن ذلك المركز القانونى العام المجرد المتولد عن القانون(154).

وفى قضية أخرى كان محلها الطعن على قرار الجمعية العمومية لمحكمة شبين الكوم بجعل رئيس أحد دوائرها مسيحى الأمر الذى اعتبره مقدم الدفع مخالفا لمبادئ الشريعة الاسلامية التى تنص المادة الثانية من الدستور على أنها المصدر الرئيسى للتشريع بالنظر لأنه يندرج تحت هذه المبادئ قاعدة عدم ولاية غير المسلم على المسلم، ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه أيا كان وجه الرأى فى مخالفة قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة للدستور فإنها لاتعتبر فى محتواها ولا بالنظر إلى الآثار التى ترتبها تشريعا أصليا أو فرعيا، إذ لاتغدو المراكز القانونية التى تنشئها أو تعدلها أو تلغيها، أن تكون مراكز فردية أو ذاتية يقتصر مجال سريانها على أشخاص معينين بذواتهم هم هؤلاء القضاة الذين تم توزيع العمل القضائى فيما بينهم تنظيما لسيره وضمانا لاستقامته ، لتفقد بذلك خصائص الأعمال التشريعية التى تمتد إليها الرقابة الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن النصوص القانونية التى تضمها هذه الأعمال، هى وحدها التى

تتولد منها - وبالنظر إلى عموميتها وتجردها - مراكز قانونية تنظيمية عامة من طبيعتها [155].

٢ - الأعمال البرلمانية

سبق عرض فكرتها تفصيلا فى موضع آخر نحيل إليه منعا من التكرار وهى إجمالا وفقا للمعيار الشكلى بالمعنى الواسع الذى نؤيده كافة الأعمال التى لاتعد تشريعا أى التى لاتصدر وفقا للشكل والاجراءات التى حددها الدستور لصدور التشريع وهذه لاتصلح محلا للرقابة، ومثالها قرارات إسقاط العضوية عن أعضاء مجلس الشعب فى حالة فقدان الثقة أو الاعتبار أو فقدان أحد شروط العضوية أو صفة العامل أو الفلاح التى انتخب العضو على أساسها أو فى حالة الإخلال بواجبات العضوية، وكذا القرار الذى يصدره المجلس ببطلان عضوية من تثبت عدم صحة عضويته من أعضاء المجلس، وإذا لم يتبع فى اللائحة الداخلية البرلمانية الأشكال والإجراءات التى حددها الدستور لصدور القانون فهنا تعد عملا برلمانيا لايصلح محلا للرقابة.

٣ - الأعمال الإدارية للبرلمان

سبق استعراضها أيضا على نحو تفصيلى فى الباب التمهيدى من هذه الرسالة وهى لاتصلح محلا للطعن بعدم الدستورية عدا مايكون منها قرارا إداريا تنظيميا يتصف بالعمومية والتجريد.

ولاختل أن اللائحة التى يصدرها المجلس التشريعى والمنظمة لعلاقته بموظفيه وعماله لاتختلف عن القرارات الإدارية التنظيمية التى تصدرها السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية فى شأن العاملين بهما ومن ثم يصلح الجميع كمحل لرقابة الدستورية .

٤ - الدستور وكذا إجراءات إصداره وتعديله لاتصلح محلا للرقابة :

لايندرج الدستور فى مفهوم القوانين التى تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها فى نطاق ولايتها المنصوص عليها فى صدر المادة ٢٩ من قانونها، ذلك أن الدستور مظهر الإرادة الشعبية ونتاجها فى تجمعاتها المختلفة المتزامنة على امتداد النطاق الإقليمى للدولة ، ولايعدو تبنيها للدستور أن يكون توكيدا لعزمها على أن تصوغ الدولة بمختلف تنظيماتها - تصرفاتها وأعمالها وفق أحكامه، باعتباره قاعدة لنظام الحكم فيها، وإطارا ملزما لحقوق الجماهير وحرياتها، عمادا للحياة الدستورية بكل أقطارها ، وهو بذلك ضابط لها يحدد ملامحها ويقيم بنيانها وفق قواعد جامدة لايجوز تعديلها باتباع الأوضاع الإجرائية التى تعدل بها القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، بل وفق قواعد شكلية معقدة متزمتة هى تلك المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور.

وإذا كان الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا قد قصرا ولاية المحكمة الدستورية العليا فى مجال مراقبة الشرعية الدستورية على النصوص القانونية دون غيرها سواء تلك التى أقرتها السلطة التشريعية أو التى أصدرتها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحيتها الدستورية، فإن قاله إخضاع الدستور لهذه الرقابة، تكون مجاوزة حدود هذه الولاية ، مقوضة لتخومها[156].

وتأخذ تعديلات الدستور ذات الحكم الآنف فلا تصلح هى ولا إجراءات إصداره كمحل للرقابة وقد أكدت المحكمة العليا « الدستورية » هذا المعنى عندما قضت بأن مايثار من طعن فى دستور سنة ١٩٥٨ وفى دستور سنة ١٩٦٤ وفى إجراءات إصدارهما وما انطوى عليه هذان الدستوران من تحديد أو إغفال تحديد مدة رئاسة الجمهورية يتناول مسائل سياسية لايدخل النظر فيها أو التعقيب عليها

فى ولاية المحكمة العليا التى يقتصر اختصاصها فى شأن رقابة الدستورية على الفصل فى دستورية القوانين[157].

كما قضت المحكمة المذكورةفى حكم أخر بأن إثارة المطاعن حول إجراءات إصدار الدساتير وما انطوت عليه من أحكام تتناول مسائل سياسية لايدخل النظر فيها أو التعقيب عليها فى ولاية المحكمة العليا التى يقتصر اختصاصها فى شأن رقابة الدستورية على الفصل فى دستورية القوانين وفقا لما تقضى به المادة الأولى من قانون إنشائها، وعلى مقتضى ماتقدم فإن مايثيره المدعى من مطاعن فى إجراءات إصدار الإعلانين الدستوريين الصادرين فى ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٥٢ و ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ والدستور المؤقت الصادر فى ٥ من مارس سنة ١٩٥٨ وما انطوت عليه من أحكام ، إنما يعتبر من المسائل السياسية التى يجاوز نظرها والتعقيب عليها اختصاص المحكمة [158]،[159].

هذا ونرى ضرورة إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة الدستورية من حيث مدى توافر الشروط الشكلية التى استلزمها الدستور، وقد نادى بذات هذا الرأى بعض الشراح فى إيطاليا استنادا إلى أن تلك التعديلات تصدر من هيئة تأسيسية استنادا لنصوص الدستور.[160].

هوامش الباب الأول

(1) راجع :

James Bradley Thayer, 7 Harverd Law Review, 1893, p. 129, 152.

(2) راجع

Louis Fisher, Constitutional Structures, Volume 1 of American Constitutional Law, McGraw - Hill Publishing Company , 1990,p. 41.s.

(3) ونصت عبارته حرفيا :

" I do not think the United States would come to an end if the Supreme Court lost its power to declare an act of congress void.
I do think the union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several states"

- راجع في ذلك :

Collected Legal Papers, 1920, p. 295 - 296 .

(4) راجع :

Edward S. Corwin, the Doctrine of Judicial Review ,1914, p.30.

(5) راجع :

Louis Fisher, Constitutional Structures, Op. cit. p 43.

(6) راجع :

W. Blackstone, Commentaries, Book One, (Oxford), 1775, p. 91.

(7) راجع :

Charles Grove Haines, the American Doctrine of Judicial Supremacy 1932, p. 88 - 120.

(8) راجع :

Leonard DE Levy, Judicial Review and the Supreme Court,1967, p.3-4.

(9) انظر فى مساندة رقابة الدستورية

Charles A. Beard, The Supreme Court and the Constitution ,1912. and Raoul Berger, Congress v. the Supreme Court ,1969. Critics include Louis B Boudin, Government by Judiciary ,1932. and Wiliam W. Crosskey , Politics and the Constitution ,1953.

(10) راجع :

5Writings of James Madison, 1904, Hunt ed.,p.294 .

(11) راجع :

Hamilton's Federalist No. 78 p. 59-60.

(12) راجع :

Annals of Congress, June 8 (1789), p. 439.

(13) راجع :

3 Annals of Congress 1978 - 1979 (February 4, 1791).

(14) راجع :

H. Storing, What the Antifederalists Were For. (1981).

(15) راجع :

Montesquieu, The Spirit of Laws, (special edition 1984) p.1751.

وفى التفاصيل راجع

Geoffry R. Stone and others, Constitutional Law, Little Brown and Company, 1991, 2nd ed., p. 5 - 7.

(16) راجع :

Ronald Kahn, The Supreme Court as a Counter Majoritarian,1
Detroit College of Law Review,1994 , p.7-8.

(17) راجع فى استعراض وقائع الحكم تفصيلا وحجج مارشال ونقد مسلكه فى القضية ونقد حججه ، رسالة د/كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، مكتبة النهضة العربية ، ١٩٦٠ ، ص ٢٠-٤٠.

وفى ذلك أيضا :

Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, The Supreme Court And the Attitudinal Model, Cambridge University Press, 1993, p. 14-17.

(18) تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور الأمريكى على أنه " ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا ،

طبقا للعدل والقانون ، والتى تنشأ فى ظل هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات التى أبرمت أو ستبرم طبقا لسطاتها وإلى جميع القضايا المتعلقة بالسفراء = = والوزراء العموميين الآخرين والقناصل، وإلى جميع القضايا الداخلة فى اختصاص الإميرالية والبحرية وإلى المنازعات التى ستكون الولايات المتحدة طرفا فيها - وإلى المنازعات بين ولايتين أو أكثر ، وبين ولاية ومواطنى ولاية أخرى ، وبين مواطنين لولايات مختلفة ، وبين مواطنى الولاية الواحدة الذين يدعون ملكية أراض بموجب منح صادرة من ولايات أخرى وبين ولاية أومواطنيها ، ودول أجنبية أو مواطنى دول أجنبية أو رعايا أجانب، وفى جميع القضايا التى تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل ، وتلك التى تكون إحدى الولايات طرفا فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية . وفى جميع القضايا الأخرى التى ذكرت من قبل ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الاستئنافية ، سواء من ناحية القانون أو ناحية الوقائع مع مراعاة ما قد يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد.
راجع فى ذلك الترجمة العربية للدستور الأمريكى بملحق كتاب قضايا دستورية ، ترجمة المستشار ياقوت العشماوى ، دار المعارف ، ١٩٨٨.

(19) راجع :
Bickel.A.The Least Dangerous Branch , 1962,p.16.

(20) راجع :
United States v. Butler, 297 U.S 1, (1936).

(21) راجع :
Bickel .A.The Least Dangerous Branch, 1962,p. 26.

(22) انظر فى هذا المعنى
Ackerman, Discovering the Constitution, 93, Yale L.J. 1013,1023, 1049 (1984).

(23) انظر
Brest, The Conscientious Legislators Guide to Constitutional Interpretation, 27 Stan. L.Rev. 585 (1975).

(24) راجع :
Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op. cit., p. 38

(25) راجع :
Home Building & Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 442-443 (1934).

(26) انظر :
Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op.cit., p. 39.

(27) ينص التعديل التاسع على أن ذكر حقوق معينة فى الدستور لن يفسر على نحو ينكر أو ينتقض من الحقوق الأخرى التى يحتفظ بها الشعب.

(28) راجع :
Donald E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed,
Mcfarland and Company, Inc. ed. 1990, p. 1-3.

(29) راجع :
Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1992, p. 39 - 42.

(30) راجع :
Lawrence Baum, The Supreme Court, 2nd.ed.,CQ. press,1985,p. 27. s.

(31) راجع :
Henry J. Abraham and Bruce Allen Murphy, The Influence of Sitting and Retired Justices on Presidential Supreme Court Nominations.
Hastings Constitutional Law Quartely 3 (Winter 1976) p.37- 63.

(32) راجع:
Abraham and Murphy, Influence of Sitting and Retired Justices , Newsweek, July 20, 1981, p. 17.

(33) وجاء بعبارته حرفيا
Felix overplayed his hand.

راجع :
William O. Douglas, Go East , Young Man, The Early Years . New York , Random House , 1974, p.332.

(34) راجع:
HenryJ.Abraham, Justices and Presidents, A Political History of Appointment to the Supreme Court, 2nd. ed., New York, Oxford
University Press, 1985, p. 71 - 72.

(35) راجع كتاب :.An Essential Safeguard وهو عبارة عن مقالات جمعها "جرير ستيفنسون الابن ، Greenwood Press ، ١٩٩١، ص ٣٨ - ٣٩ .

(36) راجع :
Robert Scigliano, The Supreme Court and the Presidency, New York Free Press, 1971, p. 107 - 108.

(37) راجع: "An Essential Safeguard" المرجع السابق، ص ٤٣-٤٤.

(38) هناك إحصائية تؤكد هذا المعنى وردت بكتاب.
David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decision Making, San Francisco, W.H. Freeman & Company 1976, p. 107-109.

(39) Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. , 1985, p 40-41.

(40) راجع كتاب: "An Essential Safeguard"، المرجع السابق، ص ٤٦-٤٧.

(41) ونص عبارته حرفيا:
see how a man could be on the court and not change his view substantially.
وقد وردت هذه العبارة فى ملاحظة أبداها رئيس القضاة إيرل وارن إلى المدعو Antony Lewis فى مقالة بعنوان: «حديث مع وارن عن الجريمة والمحكمة والدولة» نشرت بمجلة نيويورك تايمز فى ١٩ أكتوبر ١٩٦٩ ، ص ١٢٨-, ١٢٩

(42) راجع
Lou Cannon, Regan Pledges Would Name a Woman to the Supreme Court, Washington Post, October15,1980, : A. 6

(43) راجع فى تفاصيل المثال الأول والثانى:
Lawrence Baum,The Supreme Court, Op. cit , p. 49-51.

(44) راجع ما كتبه بورك بعنوان:
Some First Amendement Problems, 47 Ind. L. J. 1, 1971.

(45) راجع فى التفاصيل:
Geoffrey R.Stone and others, Constitutional Law, Op. cit. p75-76.

(46) راجع:
Sheldon Goldman and Thomas P. Jahnige, The Federal Courts as a Political System, 2nd. ed, New York, Harper & Row,1976, p. 67

(47) راجع فى التفاصيل:
Lawerence Baum, The Supreme Court, Op. cit, p 57-59.

(48) يلاحظ أنه نظرا لغموض بعض الأحكام الدستورية، ولأن القوانين يمكن تصنيفها بطرق متعددة فقد حدث خلاف فى الإحصاءات المبينة للقوانين المقضى بعدم دستوريتها سواء الفيدرالية أو تلك الصادرة عن الولايات.
راجع فى ذلك:
The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation, Washington D.C., Government Printing Office,1973 and 1982.

(49) راجع:
Scott v. Sandford, (1857) ; Hammer v. Dagenhart (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co. (1922); United States v. Butler (1936).

(50) راجع فى ذلك:
The Surpeme Court: Justice and the Law, 3 rd. ed. Washington, D.C. Congressional Quarterly Inc.1983, p. 159-164.

(51) راجع فى التفاصيل:
Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit, p169-170.

(52) راجع هذه الاحصائية بكتاب:
Glendon A. Schubert, Jr. The Presidency in the Courts, Minneapolis : University of Minnesota Press, 1957, p. 354-365.

(53) انظر فى تفاصيل الخلاف. د/ محمد كامل ليلة، القانون الدستورى، دار الفكر العربى، ١٩٧١، ص١٥٩-١٦٢، د/ رمزى الشاعر النظرية العامة للقانون الدستورى المرجع السابق ص ٥١٩ وما بعدها، د/ سعاد الشرقاوى، د/ عبد الله ناصف، أسس القانون الدستورى وشرح النظام السياسى المصرى، دار النهضة العربية، ص١٧٨ وما بعدها.

(54) انظر فى آراء الفقهاء المؤيدين لرقابة القضاء د/ عبد الحميد متولى، الوسيط، المرجع السابق، ص٥٧٨، د/ السيد صبرى، مبادئ القانون الدستورى الطبعة الرابعة، مكتبة عبد الله وهبة، سنة ١٩٤٩ ص ٦٤٦ وما بعدها.

(55) راجع بحث رقابة القضاء لدستورية القوانين للمستشار السيد على السيد بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص٧٢-٧٣.

(56) ذهب لهذا الاتجاه الدكتوران وحيد رأفت ووايت ابراهيم فى مؤلفهما عن القانون الدستورى سنة ١٩٣٧ ص ١٥،١٤.

(57) ع / على حسين نجيدة، الرقابة على دستورية القوانين(المحكمة الدستورية العليا طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها) ، دار الفكر العربى ، بدون سنة نشر، ص ٩.

(58) راجع رسالة د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٥٦٣.

(59) د/ عبد الحميد متولى، الوسيط فى القانون الدستورى، المرجع السابق، ص ٥٧٩.

(60) راجع د/ السيد صبرى ، مبادئ القانون الدستورى ، المرجع السابق، ص ٦٥٩، بحث د/ عبد السلام ذهنى المنشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الأولى يناير ١٩٥٠ ، ص ٨٩.

(61) راجع بحث د/ عبد السلام ذهنى، المرجع السابق، ص ٩٠.

(62) راجع د/ السيد صبرى، المرجع السابق، ص ٦٦٢-٦٦٤.

(63) راجع الحكم بمجلة المحاماة أعداد إبريل ومايو ويونيو ١٩٤٢ ص ٧٣٥ وما بعدها وـ / السيد صبرى المرجع السابق ص ٦٦٤-٦٦٦ ورسالة دستورية القوانين للدكتور على الباز هامش ص.٤٩٠،٤٩١.

(64) ورد بحيثيات الحكم ما يلى(وحيث إن الآراء تضاربت فيما إذا كان للمحاكم الحق فى بحث دستورية القوانين أو أنها ممنوعة من ذلك والقائلون بالمنع يزعمون أن الإباحة تجعل السلطة القضائية مهيمنة على السلطة التشريعية ورقيبة على أعمالها ويستندون فى تدعيم رأيهم هذا على المادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى تمنع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذ ها وحيث إن النظام الدستورى يقوم على مبدأ فصل السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية عن بعضها واستقلال كل منها عن الأخرى فلكل واحدة منها تمام السيادة فى حدود اختصاصها إلا أنها جميعا مقيدة بالدستور الذى أوجدها ومنه تستمد سلطاتها وليس لها أن تخرج عليه أو أن تعارضه طبقا للمادة الثالثة والعشرين التى تنص على أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور فإذا اعتدت السلطة التشريعية على أحكامه فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها فى هذا الاعتداء مادامت هذه بدورها مستقلة فى حدود اختصاصها، والقاضى مختص بإيجاد الحل القانونى للمنازعات المطروحة عليه وهو مقيد فى حكمه بقوانين البلاد العادية كما أنه مقيد أيضا بالقانون الأساسى للدولة وهو أسمى القوانين جميعا، فإذا ما تعارض القانون العادى مع الدستور فواجب القاضى فى هذه الحالة يقضى عليه بترجيح النص الدستورى على القانون العادى وتطبيق الأول وإهمال الثانى ولا يخرج بذلك عن اختصاصه فهو لا يلغى القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ثم لايفتأت على السلطة التشريعية وإنما يقوم بوظيفته القانونية التى تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق فى النزاع المطروح أمامه، ويتبين مما تقدم أن مبدأ فصل السلطات لايمنع المحاكم من بحث دستورية القوانين بل ربما كان الأخذ بهذا الرأى نتيجة حتمية وطبيعة منطقية كما قال بارتلمى- وبحق- لمبدأ فصل السلطات إذ يستحيل على السلطة القضائية أن تحافظ على استقلالها إلا إذا اقتنعت بأن القانون الذى ستطبقه هو قانون صحيح ومستوف لشرائط القانون الدستورى، وهو بذلك الموئل الأكبر لضمان الحريات الشخصية.= =وحيث إن المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لا تصلح أساسا لتدعيم الرأى القائل بمنع المحاكم من الفصل فى دستورية القوانين لأن هذه المادة تبيح للمحاكم البحث فى مشروعية الأوامر الإدارية فهى تبيح لها بطريق القياس هذا الحق بالنسبة لدستورية القوانين، وهى على كل حال خالية من أى نص يمنع المحاكم من استعمال هذا الحق الأخير وكل ما فيها أنها تحظر على المحاكم تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها،ولكنها فى الوقت نفسه تخولها السلطة فى تعويض المضرور من تنفيذ هذه الأعمال المخالفة للقانون. وقد اتجهت المحاكم إلى التحلل من هذا الحظر فقضت محكمة مصر المستعجلة بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٣٨ فى قضية مزرعة الجبل الأخضر (مجلة المحاماة ق ١٩ ص ٥٧) أن العمل الإدارى الذى لا تشوبه شائبة من إحدى نواحيه القانونية هو الذى يستفيد وحده من الحصانة الإدارية المقررة بالمادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم فلا يقبل نقدا قضائيا ولايؤول معناه أو يوقف تنفيذه بطريق مباشر أو غير مباشر، أما العمل الإدارى غير الحقيقى أى العمل الاستبدادى فإنه يخرج فى هذه الحالة عن حظيرة الأعمال الإدارية وهو عمل باطل لا تحميه مطلقا الحصانة الإدارية وتسرى عليه أصول القانون من الوجهة العامة فيجوز إلغاؤه أو إيقاف تنفيذه واستخدام الوسائل القانونية المعروفة لتعطيله، كحالة ما إذا كان قد جاء مخالفا للقانون مخالفة صارخة فى جميع نواحيه نصا وغرضا جاز للفرد المضار الالتجاء إلى المحاكم القضائية فى هذه الحالة للحكم بإلغاء العمل الإدارى باعتباره تعديا والحيلولة دون نفاذه، والحظر المشار إليه قاصر على الأوامر الإدارية لأسباب تتصل بحسن سير الإدارة الحكومية فلا يتعداها إلى القوانين لعدم النص ولانعدام المقتضى. وللمحاكم – إذا اقتنعت فى بحثها بعدم دستورية أى قانون – ألا تتقيد به وأن تطبق النص الدستورى دونه وليس فى القانون ما يحول بينها وبين استعمال هذا الحق، وحيث إنه يستخلص مما تقدم أن للمحاكم مطلق الحرية فى بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه وإذا اقتنعت بمخالفته لأحكام الدستور شكلا وموضوعا فلها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح أمامها).

(65) راجع فى نقد الحكم الاستئنافى، د السيد صبرى المرجع السابق، ص ٦٦٩-٦٧٠، د/ عبد الحميد متولى، الوسيط فى القانون الدستورى، المرجع السابق ،ص٥٩٤-٥٩٥.

(66) راجع بحث د/ عبد السلام ذهنى، المرجع السابق، ص ٩٢،٩٣.

(67) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية ٦٥ لسنة ١ق الصادر فى ١٩٤٨/٢/١٠ وقد أورد حيثيات الحكم كاملة د/ السيد صبرى ، المرجع السابق، هامش ص٦٧١-٦٧٤ .

– وفى شرح حجج هذا الحكم د/ فؤاد العطار القضاء الإدارى ، دار النهضة ١٩٦٦،١٩٦٧ ص١٣٩-١٤١ ، د/ محمد عبد اللطيف إجراءات القضاء الدستورى ١٩٨٩ ص٤٢، د رمزى الشاعر المرجع السابق ص ٥٢٦-٥٢٧.

(68) يلاحظ أن هذا الحكم سابق على حكم الجنايات المختلط سالف الإشارة إليه إذ إن الأخير صدر فى ٩ / ١٢ /١٩٤٨ وكان يجب عليه أن يحتذى بالأول والذى سبقه بعدة أشهر فقط، ولعل سبب الإغفال الذى حدث يرجع إلى عدم نشر حكم مجلس الدولة فى حينه نشرا علنيا يعلم به الخاص والعام ولااختلاف فى كون ذلك تقصيرا لا شك فيه ممن اتصلوا بهذا الحكم وضعا أو دفاعا أو تحضيرا.

(69) راجع بحث المستشار السيد على السيد بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى، يناير ١٩٥٠ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص ٧٦-٧٧.

(70) راجع رسالة د/ أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق ، ص ٥٥٧ .

(71) راجع الحكم بمجموعة أحكام محكمة النقض الجنائية السنة الثالثة العدد الثانى ص ٤٨١ وأيضا حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٥٦/٥/٢١ فى الطعن الجنائى رقم ٧٢٧ لسنة ٢٥ق السنة السابعة ص ٢١٩، وراجع لمزيد من الأحكام فى هذا الصدد الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض المصرية – منذ إنشائها عام ١٩٣١ – الإصدار الجنائى الجزء السابع عام ١٩٨١ ص ٢٧٦.

(72) راجع د/ عبد العظيم عبد السلام المرجع السابق ص ١٨٩، راجع أيضا مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى التالية والتى أقرت الحق فى رقابة دستورية القوانين.
١٦٦ لسنة ٢ق جلسة ١٨/٤/١٩٥٠، ١٠٩٠ لسنة ٦ق جلسة ٢١/٦/١٩٥٢، ٦٨٠٩ لسنة ٨ق جلسة ٤/٦/١٩٥٧، ٣١٧ لسنة ٩ق جلسة ٢٥/٦/١٩٥٧.
مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الإدارى فى خمسة عشر عاما، ص٩٧٨-٩٨٣.
(73) حكم ٣٠ يونيو ١٩٥٢ قضية رقم ٥٦٨ للسنة ٣ قضائية المجموعة السادسة ص ٢٦٦.
(74) الحكم الصادر فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٢ – المرجع السابق.
(75) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٥ مارس ١٩٥٤ فى القضية رقم ٦٣٦ لسنة ٧ق المجموعة الثامنة ص ٩٦٩.
(76) راجع حكم ٣٠ ينـاير ١٩٥٧ فى القضية ٥٩٩٩ لسنة ٨ قضائية المجموعة الحادية عشر ص.١٩٠.
(77) راجع حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٢/٧/١٩٥٨ السنة ٣ قضائية مجموعة المكتب الفنى السنة الثالثة ص ١٦٩١ وقد تراجعت المحكمة فى ذات الحكم عن تقرير عدم الدستورية رغم وضوحها.
(78) راجع حكم الإدارية العليا فى ١١/٤/١٩٦٤ فى الطعن (١١٩٨) السنة ٩ قضائية عليا، العدد الثانى ص ٩٣٠.
(79) قضية رقم ١٧٨٩ لسنة ٢ ق فى ٨/٦/١٩٥٧قضائية، المجموعة الثانية ، العدد الثالث، ص ١١١٥.
(80) قضية رقم ١٦١ لسنة ٣ قضائية فى ٢٩/٦/١٩٥٧،المجموعة الثانيه، العدد الثالث ، ص ١٣٣٥.
(81) قضية رقم ٩٢٩ لسنة ٣ قضائية فى ١٢ /٧/ ١٩٥٨، المجموعة الثالثة، العدد الثالث، ص١٦٩١.
(82) راجع رسالة د/ أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٦٠٨-٦١٠، د/ عزيزة الشريف، دراسة فى الرقابة على دستورية التشريع، مطبعة الفيصل الكويت، ١٩٩٠ ص ٢٧٠-٢٧١.
(83) راجع الحكم المشار إليه سلفا والصادر فى ٨ يونيو ١٩٥٧ (الحكم الأول).
(84) راجع الحكم الصادر فى ٢٩ يونيو ١٩٥٧ المشار إليه (الحكم الثانى).
(85) راجع الحكم الثانى المشار إليه.
(86) راجع الحكم الثالث المشار إليه.
(87) رددت المحكمة هذا المعنى فى أحكامها الثلاثة المشار إليها.
(88) راجع رسالة د/ أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٦١٤.
(89) راجع ، المرجع السابق، ص ٦٢١.
(90) راجع ، المرجع السابق، ص ٦٢٢.
(91) الحقيقة أن مجلس الدولة المصرى تعرض لمحنة قاسية سنة ١٩٥٥ بدأ التمهيد لها فى ٢٩/٣/١٩٥٤ حيث دفعت الحكومة المصرية آنذاك عددا من المتظاهرين وحولهم رجال الأمن لدار مجلس الدولة للاعتداء على رئيس المجلس آنذاك وهو العلامة د / عبد الرزاق = السنهورى اعتقادا منها بأن المجلس يناوئ الثورة ، وقد تم ذلك بالفعل وكان الاعتداء مروعا وداميا ولم يخفف من حدة الاعتداء إلا مدافعة سكرتيره عنه، وقد استنكرت الجمعية العمومية للمجلس هذا الاعتداء وأرسلت خطابا سريا للحكومة فى ٣١/٣/١٩٥٤ وقد رد عليه بتاريخ ٢/٤/١٩٥٤ من الحكومة حيث أعلنت استياءها واستنكارها للحادث، ورغم ذلك فقد تم عزل د / عبد الرزاق السنهورى من منصبه فى ١٥/٤/١٩٥٤ بحجة سبق توليه منصب وزارى وانتمائه لحزب سياسى قبل ثورة يوليو ١٩٥٢. ولم يقف الأمر عند هذا الحد فبعد أشهر قليلة صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة (منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر الصادر بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٥٥)، حيث نص فى المادة ٧٧ منه على أنه «يصدر خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العمل بهذا القانون قرار من مجلس الوزراء بناء على عرض رئيس هذا المجلس وبعد أخذ رأى رئيس مجلس الدولة بإعادة تعيين أعضاء مجلس الدولة وموظفيه الفنيين الحاليين طبقا للنظام الجديد.
أما الذين لايشملهم القرار المشار إليه فى الفقرة السابقة فيحتفظون بدرجاتهم ومرتباتهم الحالية بصفة شخصية لمدة أقصاها أربعة أشهر يصدر خلالها قرار من مجلس الوزراء بتعيينهم فى وظائف مماثلة لوظائفهم فى القضاء أو فى النيابة أو فى أية وظيفة عامة أخرى لاتقل من حيث الدرجة عن درجات وظائفهم الحالية وذلك بناء على عرض رئيس مجلس الوزراء وبعد الاتفاق مع الجهات المختصة ويتولى رئيس مجلس الوزراء خلال المدة المشار إليها فى الفقرة الأولى جميع الاختصاصات المخولة للجمعية العمومية وللمجلس الخاص ويصدر خلالها القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون وذلك كله بعد أخذ رأى رئيس مجلس الدولة » .
– ولقد كان ذلك أول سابقة من نوعها فى تاريخ القضاء المصرى يتم فيها الاعتداء على استقلال القضاء بهذه الصورة وترتب عليها إقصاء نحو عشرين عضوا من أعضاء المجلس عن مناصبهم بالإحالة إلى المعاش أو بالنقل إلى وظائف غير قضائية دون احترام للضمانات المقررة لهم.
– راجع فى ذلك رسالة د/ محمد كامل عبيد، استقلال القضاء (دراسة مقارنة) ، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٨ ، ص٤٠٨ومابعدها.
(92) نظرا للهجوم الذى تعرضت له الأحكام السالفة اضطرت المحكمة العليا إلى القضاء بعدم دستورية القوانين المانعة من التقاضى وبدأ ذلك فى الدعوى رقم ٦ لسنة ١ق. راجع الحكم وتقرير هيئة المفوضين، كتاب أحكام وقرارات المحكمة العليا للمستشارين ياقوت العشماوى وعبدالحميد عثمان، الجزء الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب،١٩٧٢، ص ١١٠-١٨٠.
(93) راجع د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣، ص٥٣٣،٥٣٤.
(94) راجع المستشار / طه أبو الخير، حرية الدفاع، الطبعة الأولى، دار المعارف بالإسكندرية،١٩٧١، ص.٧٧.

(95) راجع فى شرح الظروف التى سبقت إنشاء المحكمة د/ ثروت بدوى، القانون الدستورى ، دار النهضة العربية، ١٩٧١ ، ص ١٥٠ ومابعدها.

(96) راجع فى تلك النصوص المستشارين ياقوت العشماوى، عبد الحميد عثمان المستشارين المفوضين بالمحكمة العليا ، أحكام وقرارات المحكمة العليا، سنة ١٩٧٣ الجزء الأول الخاص بالدعاوى الدستورية.

(97) ذهب د/ رؤوف عبيد إلى أنه كان انشاء هذه المحكمة العليا فى ظروف استثنائية أو بالأدق مظلمة وهى رغبة بعض مراكز القوى فى سنة ١٩٦٩ فى التخلص من أكثر من مائتى مستشار وقاض بحجة أنهم غير متعاونين التعاون الكافى مع السلطات أى مع جرائم الطغيان والتنكيل بالأبرياء بوجه عام، ويعارض ءء إنشاء هذه المحكمة ويرى أنه من الأفضل جعل اختصاصها لدائرة تشكل بمعرفة المجلس الأعلى للهيئات القضائية من أعداد متساوية من مستشارى محكمتى النقض العادى والإدارى ويرأسهم الأكبر سنا.

– راجع فى ذلك الرقابة على الدستورية والشرعية فى المواد الجنائية، مطبعة الاستقلال الكبرى ١٩٧٩ ص٥٧-٥٩.

(98) نتج عن تقسيم المحكمة الدستورية فى المانيا إلى دائرتين أن اختلفت اتجاهاتهما إلى حد أن سميت إحداها بالدائرة الحمراء إشارة إلى تغليب الاتجاهات الاشتراكية فى معتقدات أعضائها.

راجع فى ذلك رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق، هامش ص ٥٧٩.

(99) راجع رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق، ص ٥٢٣ ومابعدها.

(100) راجع رسالة د/ على الباز ، المرجع السابق، ص ٥٢٥.

(101) د/ محمد حسنين عبد العال، القانون الدستورى ، دار النهضة العربية، ص ١٧٥.

(102) د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٥٦٣.

(103) فى ذات الاتجاه رسالة د/ على الباز، المرجع السابق، ص ٥٢٣ -٥٣٥.

(104) راجع د/ ثروت بدوى، القانون الدستورى، دار النهضة العربية، ص ١٦٢.

(105) راجع د/ مصطفى كمال وصفى، طبيعة اختصاصات المحكمة العليا، العدد الرابع السنة ٥٠، ابريل سنة ١٩٧٠، ص١٦ ومابعدها، د/ رؤوف عبيد، الرقابة على الدستورية والشرعية فى المواد الجنائية، المرجع السابق، ص٧-٩.

(106) راجع د/ جمال العطيفى، مجلة المحاماة، العدد الأول السنة ٥٠ يناير سنة ١٩٧٠ ص٩ ومابعدها.

(107) انظرحكم المحكمة العليا فى القضية ٤ لسنة١ قضائية جلسة ٣ يوليو ١٩٧١ وراجع فى حيثيات الحكم المستشارين ياقوت العشماوى، عبد الحميد عثمان أحكام وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص ٦٩-٧٠.

(108) ورد بتقرير لجنة الشئون التشريعية لمجلس الأمة فى ٩ يونيو سنة ١٩٧٠ عن مشروع قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا مايلى (أقر مشروع القانون المرافق ليقرر فى عبارة واضحة حق المحكمة التى يثار لديها الدفع فى تقرير جديته وإصدار قرارها بوقف الدعوى المطروحة لديها من عدمه على ضوء تقريرها لجدية هذا الدفع، وهو أمر طبيعى حتى لايتخذ الدفع بعدم دستورية القانون وسيلة للكيد وتعطيل الفصل فى القضايا لدى محكمة الموضوع التى تنظره، والأمثلة : على ذلك كثيرة كأن يثار دفع بشأن عدم دستورية قانون لايحكم الخصومة فى الدعوى المطروحة أو الدفع بعدم دستورية قانون سبق للمحكمة العليا أن أصدرت فى شأنه حكما أو الدفع بعدم دستورية قانون مقرر لنصوص واردة فى الدستور ذاته، فترك ولاية تقدير جدية الدفع للمحكمة التى يثار أمامها أمر يوجبه حسن تطبيق القانون وقواعد حسن سير العدالة.

– يلاحظ أن الأمثلة السالفة ليست على سبيل الحصر (الباحث).

(109) راجع للمستشار/ طه أبو الخير، حرية الدفاع ، المرجع السابق، ص ٧٧٦.

(110) من هذا الرأى المستشار/ مصطفى كمال وصفى «طبيعة اختصاص المحكمةالعليا، المحاماة س٠٤ فى ٤ فبراير سنة ١٩٧٠، ص ١٢.

(111) راجع حكم المحكمة العليا فى ١٩٧١/٧/٣ الدعوى رقم ٤ السنة ١ ق ع دستورية سالف الإشارة وفى ذات الاتجاه الحكم فى الدعوى رقم ١٤ لسنة ٤ق ع دستورية جلسة ١٩٧٦/٤/١٣، الجزء الأول ص ٣٩٥ ، وفى الدعوى رقم ٩ لسنة ٥ ق.ع دستورية جلسة ١٩٧٦/١١/٦، ص ٤٧٤.

(112) بعد صدور الحكم الأول بفترة وجيزة صدر دستور سنة ١٩٧١ فى ١٩٧١/٩/١١ وبسط رقابة المحكمة الدستورية العليا على القوانين واللوائح دون تحديد لهذه اللوائح.

(113) راجع بحث الرقابة القضائية على دستورية اللوائح للدكتور/ محمود عاطف البنا، مجلة القانون، العددان الأول والثانى مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٢١٧ -٢١٩.

(114) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية (القضاء الدستورى فى مصر) سنة١٩٨٨، ص ١١٥ وما بعدها

(115) راجع فى نفس الاتجاه د/ عبد العظيم عبد السلام ،المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(116) رغم ذلك وجد من الفقهاء من لايوافق على مبدأ اختصاص المحكمة العليا برقابة اللوائح ومنهم د/ رمزى الشاعر حيث ذهب سيادته إلى أن المقصود بالقوانين فى مجال الرقابة على الدستورية القوانين بمعناها الشكلى أى الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة.

– راجع د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٤٤.

كما ذهب د/ ثروت بدوى إلى أن كل محاولة لإدراج اللوائح الإدارية أو بعضها مثل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية فى مدلول القانون الذى تختص المحكمة العليا وحدها بالنظر فى دستوريته هى محاولة مقضى عليها بالفشل لمخالفتها لطبيعه الرقابة على دستورية القوانين والأصول التى تقوم عليها، وأكد سيادته أن المقصود بالقانون فى تطبيق

أحكام المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا، هو القانون بالمعنى الشكلى الصادر عن السلطة التشريعية المختصة.
- راجع د/ ثروت بدوى، القانون الدستورى ، المرجع السابق ص ١٦٢.

(117) يؤكد الرأى الذى نؤيده أن اللائحة محل الطعن فى القضية رقم ٤ لسنة١ دستورية والصادر فيها الحكم فى ١٩٧١/٧/٣ كانت قد صدرت فى ٢٢ أغسطس ١٩٦٦ ولم ترفع دعوى عدم دستوريتها إلا بعد أربع سنوات فى ٦ يونيو ١٩٧٠.

(118) راجع المستشار/ طه أبو الخير ، المرجع السابق، ص ٧٩٣.

(119) راجع رسالة د/ على الباز، المرجع السابق، ص ٥٥٨.

(120) جاء الفصل الخامس من الدستور حاملا عنوان المحكمة الدستورية العليا وقد تناولها فى مواده من (١٧٤:١٧٨) حيث نصت المادة ١٧٤ على أن (المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية، مقرها مدينه القاهرة).
ونصت المادة ١٧٥ على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التى تتبع أمامها) =
= ونصت المادة ١٧٦ على أن (ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة ويبين الشروط الواجب توافرها فى أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم.
ونصت المادة ١٧٧ على أن (أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل وتتولى المحكمة مساءلة أعضائها على الوجه المبين بالقانون).
ونصت المادة ١٧٨ على أن(تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار).

(121) راجع فى المحكمة الدستورية العليا.
- د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى ، المرجع السابق ص ٥٤٩ ومابعدها.
- د/ عبد العظيم عبد السلام، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص٢١٠ ومابعدها.
- د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، سيادة الدستور وضمان تطبيقه، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ ومابعدها.
- د/ سعد عصفور، النظام الدستورى المصرى دستور ١٩٧١، منشأة المعارف الأسكندرية ، طبعة١٩٨٠ ، ص ٢٩٦ ومابعدها.
- د/ عمرو بركات، مبادئ القانون الدستورى، «دراسة مقارنة» ، سنة ١٩٨٩ ، ص ١٣٧ ومابعدها.
- د/ على حسين نجيدة ، الرقابة على دستورية القوانين والمحكمة الدستورية العليا «طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها»، ص ٣ ومابعدها.
- يلاحظ أنه تعددت مشاريع إنشاء المحكمة الدستورية العليا لدرجة أن البعض قد ضاق ذرعا بهذه الفكرة و نادى بالتخلى عنها كلية وذلك بتعديل الدستور ذاته، د/ عماد النجار لماذا المحكمة الدستورية العليا صحيفة أخبار اليوم فى ٢١ يوليو ١٩٧٩، المستشار مرزوق فكرى، إعطاء مجلس الشورى صلاحية رقابة دستورية القوانين يلغى مهمة تكوين المحكمة الدستورية العليا، صحيفة الأهرام فى ٢١ يوليو ١٩٧٩، إلا أن فكرة إنشاء هذه المحكمة لاقت رواجا وإعجابا لدى غالبية الفقهاء ، انظر بيان نقابة المحامين المنشور بعددى المجلة الأول والثانى من السنة الثامنة والخمسين عدد يناير وفبراير ١٩٧٨، مقال ،، وحيد رافت بجريدة الأهرام فى ١٤ يوليو ١٩٧٩ .
هذا وقد عرضت أحد المشاريع بالفعل على مجلس الشعب لإقراره إلا أنه انتقد بشدة من الأوساط القانونية نظرا لكثرة عيوبه وهى أنه:
من حيث طبيعة المحكمة فقد كان المشروع لاينص صراحة على أنها هيئة قضائية مما يثير الشك فى أنها محكمة سياسية على خلاف ما نص عليه الدستور من أنها محكمة قضائية. =
= - من حيث تشكيلها: - عيب على المشروع تشكيل المحكمة على أساس من تعيين رئيسها بقرار جمهورى وتعيين أعضائها بذات الأداة وبناءً على ترشيح وزير العدل وموافقة مجلس الشعب لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد فلم يوفر هذا المشروع ضمانات القضاة من حيث الدوام وعدم القابلية للعزل.
- عيب على المشروع أنه كان يعطى للمحكمة الحق فى التفسير الملزم للدستور وذلك خلاف ما قضت به المادة ١٧٥ من الدستور فى عبارة (ويتولى تفسير النصوص التشريعية...).
- من أهم العيوب ما جعله المشروع لوزير العدل من حق الطعن على الأحكام القضائية النهائية أمام المحكمة الدستورية العليا بسبب مخالفتها للدستور أو عدم التزامها التفسير الملزم للمحكمة الدستورية العليا ومن ثم يكون للمحكمة حينئذ الحق فى وقف تنفيذ هذه الأحكام وإلغائها الأمر الذى يعصف باستقلال القضاء ويهدم أركانه إذ يجعل من الأحكام مجرد توصية لاتنفذ إلا بعد إقرار وزير العدل لها ويجعل المحكمة مهيمنة على النظام القضائى المصرى بالخلاف لنص المادة ١٧٥ من الدستور.
- وقد سجلت الجمعية العمومية لمجلس الدولة اعتراضها بأن أكدت أن المشروع الذى قدم إلى مجلس الشعب يختلف اختلافا جوهريا عن المشروع الذى سبق أن أقره قسم التشريع بمجلس الدولة وترتب على ذلك أن المشروع المحال يعد بهذه المثابة مشروعا جديدا كان يتعين على الحكومة أن تعرضه على قسم التشريع لمراجعته من الناحية الدستورية والقانونية إعمالا لصريح الوجوب والإلزام الوارد فى المادة ٦٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.
أما أنها ولم تفعل ذلك فما كان لها - والأمر كذلك - أن تضمن ديباجة قرار الإحالة عبارة (وبناء على ما ارتآه مجلس

الدولة) لمخالفتها لواقع الحال (مجلة المحاماة السنة ٥٨ العددان الأول والثانى يناير وفبراير سنة ١٩٧٨ ص ٧٥ :٢٠٦ حيث ورد بهذا الجزء ما ورد بشأن المشروع المعيب ومنها (بيان نقابة المحامين - بيان نادى القضاة - قرارات الجمعية العمومية لمجلس الدولة)، انظر مضبطة مجلس الشعب فى ١٩٧٩/٧/١٨ ص ٧٧:٧٥ حيث أوردت الاعتراضات على المشروع المسحوب وذلك عند بحث المشروع الذى صار قانونا وقالت الجمعية العمومية لنادى القضاة عن هذا المشروع إنه (يعد انتكاسة للمبادئ والديمقراطية وسيادة القانون التى بدأ الشعب يتنسم عبيرها بعد طول معاناة لما يترتب عليه من إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فضلا عن أنه ينطوى على مخالفات جسيمة لأحكام الدستور واعتداء صارخ على استقلال القضاء.

- راجع الرقابة على دستورية القوانين للدكتور على حسين ، المرجع السابق، ص ٣١ وهامشها.

هذا وقد سجل مجلس نقابة المحامين اعتراضه بأن ذكر أن المشروع (لايحقق بأى حال الهدف من إعداده وهو تثبيت دعائم المشروعية وضمان الرقابة الفعالة على التزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بأحكام الدستور فيما يصدر عنها من قواعد تشريعية وصيانة حقوق المواطنين وحرياتهم....).

وبناء على ماسلف يمكن فهم السبب فى سحب الحكومة لذلك المشروع وإعادة تقديم المشروع الذى صار قانونا فى الفصل التشريعى التالى.

(122) راجع د/ سعد عصفور، النظام الدستورى المصرى ، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

(123) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه «لا إلزام على رئيس المحكمة أن يعرض على المجلس الأعلى للهيئات القضائية مرشحين اثنين لكل وظيفة خالية. ولو كان من رشحته الجمعية العامة لشغلها مقبولا منه إذ لوصح ذلك - وهو غير صحيح- لكان عليه أن يعارض الجمعية العامة دوما منحيا اختيارها، ولو قام على أسس موضوعية لها معينها وهو ما لا يتصور أن يكون المشرع قد قصد إليه .

راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١٢ ق « طلبات أعضاء» ، جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٩٣ ، المجموعة ، الجزء الخامس المجلد الثانى ، ص ٣٩٣ .

(124) راجع ص ١٥٥ - ١٥٨ من هذه الرسالة.

(125) د/ سعد عصفور، النظام الدستورى المصرى ، المرجع السابق، ص ٣٠٥-٣٠٦.

(126) المقصود الجدول الملحق بالقانون (الباحث)

(127) راجع د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق ، هامش ص ٥٦١.

(128) تنص المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتى : أولا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ثانيا الفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها. ثالثا الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء والآخر من جهة أخرى منها.

وتنص المادة (٢٦) من ذات القانون على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية مايقتضى توحيد تفسيرها .

(129) يرى د/ رمزى الشاعر - حقا- أنه من الأفضل إضافة اختصاصات أخرى للمحكمة مثل كيفية محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونواب الوزراء والفصل فى صحة العضوية بالنسبة لأعضاء مجلس الشعب والشورى واستشارتها فى استخدام المادة ٧٤ من الدستور ، إذ يتحقق بعمل ذلك للمحكمة صفة الهيئة العليا المنفصلة عن سلطات الدولة التقليدية وتصبح فى مستوى لايقل عن مستوى البرلمان.

راجع فى ذلك د/رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى ، المرجع السابق ، ص ٥٦٢ =

= ونادى أيضا د. محسن العبودى بإسناد الفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب للمحكمة الدستورية العليا دون تدخل من المجلس النيابى فى هذا المجال لأن ذلك يترتب عليه أن يتم الفصل فى صحة العضوية طبقا للدستور والقانون

راجع د/ محسن العبودى ، الاختصاص بالفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠، ص ٥٩ - ٦٠ .

(130) ورد فى إحصائية صادرة عن مركز المساعدة القانونية لحقوق الإنسان فى مصر - أن المحكمة قضت حتى فبراير ١٩٩٦ بعدم دستورية ٩٢ قانونا خالفت (٥٣) مادة من مواد الدستور ، أى بما لايقل عن ٢٥٪ من مواده ، وان ٣٦٫٥٪ من النصوص المقضى بعدم دستوريتها سابقة على دستور ١٩٧١. فى ذلك راجع جريدة الحياة اللندنية ، ٨يونيو ١٩٩٦.

(131) تنص المادة ١٩٥ من الدستور على أنه : يؤخذ رأى مجلس الشورى فيما يلى :

١- الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. ٢ - مشروعات القوانين المكملة للدستور. ٣ - مشروع الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية . ٤ - معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة . ٥ - مشروعات القوانين التى يحيلها إليه رئيس الجمهورية . ٦ - ....

ويبلغ المجلس رأيه فى هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب .

(132) راجع حكم المحكمة فى الدعوى رقم ٧ لسنة ٨ق دستورية ، جلسة ١٩٩٣/٥/١٥ ، الجزء الخامس، المجلد الثانى ، ص ٢٦٦ ، ٢٦٧.

(133) د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٦٩ ، ٥٧٠.

(134) د/ عمرو بركات ، مبادىء القانون الدستوري «دراسة مقارنة» ، ١٩٨٩، ص ١٤٧.
(135) د/ جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٣٣.
(136) راجع د/ سليمان الطماوي ،السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٦٥.
(137) د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق، ص ٥٧٠ -٥٧٢ .
(138) د/ عمرو بركات ، مبادئ القانون الدستوري ، المرجع السابق ص ١٤٨ وفي نفس الاتجـــــاه د/ محمد عبد الحميد أبوزيد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٢٣٣ ، ٢٣٤.
(139) الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية ، جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ ، الجزء الثالث ، ص ٣٥٣
(140) في ذلك راجع مجموعة الدعاوى أرقام ٣١ لسنة ١٦ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠، ٢٧ لسنة ١٦ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٤/١٥، ٨ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/١/١٤ ، ١٨ لسنة ٨ق دستورية جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦، ٦١ لسنة ١٢ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٥/١٨.
(141) سنوضح هذه الفكرة بتفصيل أكبر بالباب الثاني من هذه الرسالة .
(142) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ١٩١ ، ١٩٢.
(143) الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، الجزء الخامس المجلد الثاني، ص ٣٧٦.
(144) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٢ لسنة ١١ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٨، والدعوى ٤٥ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٩١/١٢/١٧ ، الموسوعة ص ٥.
(145) راجع د/ صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية ، ١٩٩٣، دار النهضة العربية، ص ٥٩.
(146) سبق للمحكمة العليا أن أكدت على إخضاع القوانين التي صدرت قبل صدور الدستور للرقابة على دستورية الدستور القائم ، وأكدت أنها لاتسقط تلقائيا لمجرد تعارضها مع الدستور حتى لايحدث فراغ تشريعي يقود إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية فليس معقولا أن تكون التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور - ليس معقولا أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظمه وأصوله المستحدثه مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب.................
إن القول بأن ولاية المحكمة العليا لاتتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورها وتكون رقابتها لهذه التشريعات على أساس تلك الأوضاع دون أحكام الدستور القائم وأوضاعه هذا القول مردود - بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت في الدول ذات الدساتير الجامدة تستهدف أصلا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه - ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة.
نقلا عن: د/ صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية ، المرجع السابق، هامش ص ٦٢، ٦٣.
(147) د/ عاطف البنا، بحث الرقابة القضائية على دستورية اللوائح ، مجلة القانون، العددان الأول والثاني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٢٨، ٢٢٩، وفي شرح تفصيلي لأنواع اللوائح ، د/سليمان الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري « دراسة مقارنة»، ١٩٨٨، بدون دار نشر، ص ٥١٢ ومابعدها.
(148) د/ عمرو بركات ، مبادىء القانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ١٤٩.
(149) د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة ، المرجع السابق ، ص ٥٧٥.
(150) ويحضرنا مثال لتعارض اللائحة مع القانون لسناه في الواقع العملي يتمثل في أن القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطيان والقوانين المعدلة له قرر رفع الضريبة في أحوال قوامها زوال الصفة الزراعية عن الأرض بعد سبق ثبوت هذه الصفة وبالتالي سبق فرض الضريبة قانونا وحدد القانون إجراءات طلب الرفع وأحال إلى اللجنتين المنصوص عليهما في المادتين الثالثة والسابعة من المرسوم بقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقدير إيجار الأراضي الزراعية للفصل في طلب الرفع، واللجنة الأولى والمنصوص على تشكيلها هي لجنة التقدير وتفصل في طلب الرفع ابتداء واشترطت المادة السادسة من المرسوم بقانون المذكور لنفاذ قرارها بالرفع وإمكان الطعن عليه أمام لجنة الاستئناف أن يعتمد من وزير المالية قبل النشر بالجريدة الرسمية.
أما اللجنة الثانية وهي المنصوص عليها بالمادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور، فهي لجنة الاستئناف التي يطعن أمامها في قرار لجنة التقدير وذلك في ظرف ثلاثين يوما من إعلان قرار لجنة التقدير وإلا سقط الحق في الاستئناف، وأيا كان الرأي حقا وصدقا فيما تصدر به قرارات لجنة الاستئناف فإنها قرارات نهائية لايجوز لمصلحة الضرائب العقارية إلغاؤها أو تعديلها نزولا= = على مقتضى نهائية هذه القرارات وإن كان لها الحق في الطعن عليها أمام القضاء الإداري وفقا لأحكام القانون وحسبما استقر عليه هذا القضاء سواء خلال الميعاد بناء على ماينعى عليها من عيوب عادية أو رغم انقضاء هذا الميعاد إذا بلغت هذه العيوب من الجسامة حدًا يجعلها قرارات معدومة قانونا .
- راجع في ذلك فتوى إدارة الفتوى لوزارة المالية بتاريخ ١٩٩٥/٣/١١ ملف رقم ١٠٦٧/١/٤ . فإذا كان ذلك كذلك فإن قرار وزير المالية رقم ١٣٦ لسنة ١٩٧٤ المعدل بالقرار ٢٠٨ لسنة ١٩٨٤ والذي نص على أن « تختص مصلحة الضرائب العقارية بما يلي :
سادسا مراجعة وإصدار قرارات رفع واسقاط الضرائب العقارية وملحقاتها » يكون قد خالف صحيح القانون وأخل بنهائية قرار اللجنة الاستئنافية المنصوص عليه قانونا ومن ثم فإن هذا القرار يكون غير مشروع لمخالفته أحكام القانونين ٥٣ لسنة ١٩٣٥ و ١١٣ لسنة ١٩٣٩ سالفي الذكر، وإذا كان هذا القرار بوصفه لائحة لايمكن أن يلغى لتحصنه فإن يظل دائما من حق القضاء الإداري إلغاء القرارات الإدارية الصادرة طبقا له.

هذا ولما كانت اللائحة المذكورة لاتعد تنفيذا لأى من القانونين رقمى ٥٣ لسنة ١٩٣٥ و ١١٣ لسنة ١٩٣٩ فمن ثم فإن المخالفة المنسوبة إليها لاينطبق عليها حكم المادة (١٤٤) من الدستور والتى تحظر على اللوائح التنفيذية تعديل أو تعطيل القوانين أو الإعفاء منها ومن ثم لامنعى دستورى عليها.

(151) راجع د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة ،المرجع السابق، ص ٥٧٦، ٥٧٧.

(152) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ ، الموسوعة ، ص ٢٠.

(153) الدعوى رقم ٦٧ لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٩٣/٤/٣، الموسوعة ، ص ٤٨.

(154) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٩٢/١١/٧ الموسوعة ، ص ٥٠.

(155) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ ، المجموعة الجزء الرابع ،ص ٨٦- ٨٨.

(156) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٥.

(157) راجع حكم المحكمة العليا « الدستورية » فى الدعوى رقم ٩لسنة ٤ق ع (دستورية) بجلسة ١٩٧٥/٤/٥ ، الجزء الأول ، ص ٢٥٨.

(158) راجع حكم المحكمة العليا (الدستورية) فى الدعوى رقم ١١ لسنة ٧ ق ع دستورية جلسة ١٩٧٨/٤/١ ، الجزء الثانى ، ص ١٢٠.

(159) يلاحظ ان المسائل السياسية وإن كانت لاتصلح محلا للرقابة الدستورية إلا أننا فضلنا دراستها على نحو مسهب ضمن الباب الرابع من هذه الرسالة والمتعلق بالقيود الذاتية القضائية .

(160) راجع المستشار/ محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين فى إيطاليا ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الأول السنة الرابعة عشر، يناير -مارس سنة ١٩٧٠ ، ص ١٢٣- ١٢٤.

الباب الثانى

تحريك الرقابة الدستورية

الفصل الأول

أساليب ممارسة رقابة الدستورية فى أمريكا

هناك ثلاثة أساليب لممارسة رقابة الدستورية هى أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون وأسلوب أوامر المنع وأسلوب الأحكام التقريرية ، و سوف ندرس كل أسلوب مما سلف فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون

يعد أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون هو الأسلوب الرئيسى لتحريك رقابة الدستورية – كما هو الحال فى مصر ، ولما كان الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين ليس إلا جزءاً طبيعيا من وظيفة القضاء الأصلية وهى الفصل فى الخصومات والمنازعات فمن ثم لايكون للدفع بعدم الدستورية مايميزه عن غيره من سائر الدفوع الأخرى .

و لما كان الدستور فى المادة الثالثة قد قصر اختصاص السلطة القضائية على نظر المنازعات والخصومات فمن ثـم يشترط لقبول الدفـع بعدم الدستورية مايلى :

١- أن تكون هناك خصومة حقيقية لا نظرية أو افتراضية ، فلا يجوز أن يتصل العمل القضائى بغير القضايا الواقعية ، ومنذ عهد أول رئيس للولايات المتحدة وهو جورج واشنطن رفضت المحكمة العليا إعطاء آراء استشارية واعتذرت عن ذلك بأدب جم .

كما لا يجوز للمحكمة النظر فى قضية تواطأ طرفاها على رفعها للطعن فى دستورية قانون ما ، طالما خلى الأمر من خصومة حقيقية ، كما لا تنظر المحكمة فى الدعاوى غير المنتجة **"moot cases"** وهى التى لا يكون للحكم الذى يصدر فيها أى أثر قانونى على الخصومة القائمة .

وذلك طبقته المحكمة فى حكم لها أصدرته عام ١٩٤٣ قضت فيه برفض إصدار أمر **certiorari** تأسيسا على أن العقوبة التى يطعن المدعى على دستوريتها قد نفذت فعلا.

٢ - ضرورة توافر المصلحة الشخصية لدى مبدى الدفع بعدم الدستورية ويجب أن تكون هذه المصلحة مباشرة ، وإلا رفضت المحكمة الطعن، وهذا ما حدث فى قضية سنة ١٩٢٣ عندما حكمت المحكمة بأن مصلحة دافع الضريبة كمساهم فى النفقات العامة للحكومة الاتحادية لا تعد مصلحة كافية تبيح له الطعن فى دستورية قانون يتضمن اعتماد بعض المبالغ للصرف على وجه يراه الطاعن متعارضا مع الدستور، وفرقت المحكمة بين دافع الضريبة المحلية ودافع الضريبة الاتحادية إذ الصلة المباشرة فى الحالة الأولى دون الثانية هى المسوغة للطعن ، وأوضحت المحكمة أنه لا يقبل من الطاعن فى دستورية القانون أن يكتفى بالتدليل على قيام التعارض بينه وبين نص من نصوص الدستور بل يجب عليه فوق ذلك أن يثبت أن القانون قد سبب له ضررا شخصيا مباشرا أو يشك أن يسبب له هذا الضرر ، ولا يكفى فى ذلك أن يثبت أنه مهدد على نحو عام غير محدد بضرر يشاركه فيه عامة الناس.

وفى سنة ١٩٣٧ قررت المحكمة أنه ليس لمحام أمام المحكمة العليا أن يطعن فى صحة تعيين عضو بالمحكمة العليا.

ويشترط أن يكون الضرر الذى يشكو منه الطاعن ضررا فعليًا قابلا للإصلاح القضائى كما يقبل الضرر المستقبل المؤكد أو الوشيك الوقوع [(1)].[(2)].

المبحث الثانى

أسلوب أوامر المنع

يمكن تعريف أوامر المنع بأنها أوامر قضائية تتخذ صيغة النهى الصريح وتوجه الى شخص ما لإنذاره بأنه إذا ما استمر فى نشاط خاطئ معين أو إذا باشر نشاطا خاطئا يوشك أن يقوم به فإنه - فوق التزامه بالتعويض - يتعرض للعقاب على أساس إهانة القضاء .

والأصل فى تلك الأوامر أنها وقائية مانعة فيشترط لإصدارها أن تكون قبل وقوع الضرر إلا أن الأمر تطور فى الولايات المتحدة الأمريكية إلى إمكان اصدار بعضها بعد وقوع الضرر وتسمى حينئذ **"restorative injunctions"** . وتصلح أوامر المنع لحماية الأنواع المختلفة من الحقوق وذلك فى المجالات المختلفة عدا مجال منع تنفيذ العقوبات الجنائية ، كما لا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما يتعذر تقديم الحماية عن طريق قواعد الـ **common law** وذلك بوصفها إجراء من إجراءات العدالة التى تعتمد أساسا على مبادئ الأخلاق والضمير والقانون الطبيعى وليس على السوابق القانونية .

وسوف ندرس استخدام أوامر المنع فى الرقابة على دستورية قوانين الولايات فى المطلب الأول وفى المطلب الثانى سوف ندرس استخدام تلك الأوامر فى رقابة القوانين الاتحادية .

المطلب الأول

أوامر المنع والرقابة على قوانين الولايات

استخدمت هذه الطريقة بداءة بمناسبة قضية أوسبورن[3] ضد بنك الولايات المتحدة سنة ١٨٢٤، حيث كانت المحكمة العليا قد قضت فى قضية ماك كولوش ضد ماريلاند بعدم دستورية فرض الولايات ضريبة على فرع بنك الولايات المتحدة، وكانت ولاية أوهيو قبل إصدار الحكم قد أصدرت تشريعا يفرض ضريبة على فروع البنك فى الولاية و يخول الموظفين المختصين بجبايتها سلطة واسعة فى التفتيش والمصادرة تطبيقا لهذا القانون الضريبى ، وقد أعلنت الولاية بعد صدور الحكم فى قضية ماك كولوش أنها لن تنفذ الحكم فسعى البنك إلى المحكمة الاتحادية الدنيا لمنع الموظفين المختصين من تطبيق هذا القانون وأجيب البنك إلى طلبه إلا أن الولاية تجاهلت الحكم ، ولما وصلت القضية إلى المحكمة العليا أكدت على أن تشريع ولاية أوهيو لا يمكن أن يعد دستوريا فى ظل سابقة ماك كولوش ، وأنه لا تعارض مع التعديل الدستورى الحادى[4] عشر إذ إن الموظف الذى يحاول تنفيذ قانون مخالف للدستور يفقد كل حصانة قانونية وصفته القانونية كممثل للولاية ومن ثم لا يعد الأمر الصادر بمنعه من تنفيذ ذلك القانون موجها ضد الولاية نفسها .

ومنذ هذا الحكم تعلق التعديل الحادى عشر بأوامر المنع لوجود شبهة مقاضاة الولاية بغير رضاها وهو الأمر الذى يمنعه ذلك التعديل ، وبعد فترة من التفرقة الغامضة بين الموظف العادى الملزم بموجب القوانين العادية القائمة فى الولاية والموظف المكلف بعمل معين وفقا لنص تشريعى محدد يخالف الدستور - حيث كانت المحكمة تجيز اصدار أوامر المنع لموظفى الفئة الأولى دون الثانية - وصلت المحكمة فى قضية يونج [5] سنة ١٩٠٨ الى التسوية بين الفئتين فى الإجازة .

ومنذ ذلك الحين أصبحت أوامر المنع وسيلة سهلة وطيعة للطعن على قوانين الولايات .

المطلب الثانى

أوامر المنع والرقابة على القوانين الاتحادية

تعد السابقة الرئيسية فى هذا الشأن حكم المحكمة فى قضية المسيسبى[6] سنة ١٨٦٧ حينما سعت تلك الولاية إلى إصدار أمر المنع للرئيس جونسون لمنعه من تنفيذ قوانين التعمير بعد حرب الانفصال ، وقد رفضت المحكمة إصدار هذا الأمر مستندة إلى مبدأ الفصل بين السلطات ومعولة على اعتبارات عملية تسوغ مسلكها .

وفى سنة ١٨٦٨[7] عرضت ذات المشكلة ولكن بالنسبة لوزير الحرب وعدد من معاونيه ، وكانت ولاية جورجيا هى المدعية هذه المرة فرفضت المحكمة أيضا إصداره استنادا إلى فكرة الأعمال السياسية .

وفى قضية مصانع الصلب سنة ١٩٥٢ [8] طلبت شركات إنتاج الصلب من المحكمة إصدار أمر منع إلى وزير التجارة لمنعه من تنفيذ الأمر الصادر إليه من الرئيس ترومان بالاستيلاء عليها وإدارتها تحت إشراف الوزارة لعدم دستورية ذلك القرار ، فأصدرته المحكمة بالفعل بحسبان أن الأمر الصادر

إلى وزير التجارة لا يعد صادرا إلى الرئيس الأمر الذى يشير إلى أن المحكمة تقبل إصدار أوامر المنع إلى من هو دون الرئيس من أعضاء السلطة التنفيذية [9].

المبحث الثالث

أسلوب الأحكام التقريرية "Declaratory Judgments"

عرف النظام الأمريكى طريقا ثالثا للطعن فى دستورية القوانين هو طريق دعوى تقرير الحقوق وهى التى تسمى فى الولايات المتحدة بالأحكام التقريرية، وفكرة الأحكام التقريرية تقوم على أساس من أن الأطراف غير الواثقة من حقوقها القانونية تريد من المحاكم أن تثبت وتحدد هذه الحقوق قبل أن يحدث إيذاء ما لها، ومن ثم فهى تضىء للمرء طريقه قبل أن يخطوه.

والأحكام التقريرية فى الأساس وسيلة من وسائل القانون الخاص وتقرر المحكمة المراكز القانونية للخصوم دون أن تعقب هذا التقرير بأى أمر تنفيذى ، ولا يشترط أن تكون الشكوى من ضرر معين وقع أو وشيك الوقوع، إلا أن الحكم التقريرى يتمتع بما تتمتع به الأحكام من حجية الشيء المقضى ومن قيمته كسابقة قضائية [10].

وقبل سنة ١٩٣٤ كانت الأحكام التقريرية موجودة فى بريطانيا العظمى والهند واسكوتلاندا و كندا واستراليا ودول عديدة ، وكانت أكثر من ٢٤ ولاية أمريكية قد تبنتها، إلا أن المحكمة العليا لفظتها ومثال ذلك ما قررته المحكمة العليا فى قضية **Willing** [11] سنة ١٩٢٨ والتى تخلص وقائعها فى أن جمعية ما استأجرت قطعة أرض لمدة طويلة وأقامت عليها قاعة احتفالات ورغبت الجمعية بعد ذلك فى هدم ذلك المبنى لإقامة مبنى حديث، وخلال المحادثات الودية مع أحد المؤجرين وهو المدعو **Willing** عبر المذكور عن اعتقاده فى عدم قانونية هذا الأمر ما لم يوافق المستأجرون جميعا، وبعد ذلك بعام رفعت الجمعية دعوى ضد المستأجرين جميعا لتقرير حقها فى الهدم والبناء، وهنا رأى القاضى برانديز الذى كتب حكم المحكمة أن الدعوى لا تمثل نزاعا حقيقيا إذ لا يوجد عمل عدائى ولا تهديد به وما يسعى إليه المدعى هو ببساطة مجرد الحصول على حكم تقريرى لحقوقه وهو مما لا تملكه المحكمة، ولا يوجد مدعى عليه قرر بخطأ المدعى أو هدده إذا قام بالهدم وهكذا يفقد النزاع مادياته ، حيث إن الدعوى الماثلة لم تنضج المحكمة طبقا لنص المادة الثالثة من الدستور.

وفى عام ١٩٣٤ صدر القانون الاتحادى للأحكام التقريرية مقررا أنه فى القضايا التى تنطوى على خصومة حقيقية تكون لمحاكم الولايات المتحدة أن تقرر حقوق ومراكز الأطراف الذين يطلبون منها ذلك ، سواء أضافوا إلى طلبهم هذا طلب جزاء تعويضى أو لم يفعلوا ذلك، ويكون لما تقرره المحكمة فى ذلك ما للأحكام من حجية، ويجوز الطعن فيه على هذا الأساس.

وقد عرض هذا القانون للتطبيق أمام المحكمة العليا للمرة الأولى سنة ١٩٣٧ فقررت بحكمها المجمع عليه دستوريته [12].

وهكذا استقر مبدأ الأحكام التقريرية وأصبح عاديا استخدام المحكمة العليا لها فى غير مجال دستورية القوانين ومنها الحكم الشهير الصادر سنة ١٩٦٧ فى قضية النائب /كلايتون[13]، والذى

تخلص وقائعه فى أن المذكور استبعده مجلس النواب من عضويته تأسيسا على أحكام الفقرة الخامسة من المادة الأولى من الدستور والتى تقرر أن « كل مجلس يكون حكما فى انتخابات أعضائه ونتائجها والشروط اللازم توافرها فيهم. ....» ولما رفع المذكور دعواه ووصلت للمحكمة العليا دفع أمامها بعدم الاختصاص تأسيسا على أن بحث شروط العضوية من اختصاص مجلس النواب وحده ولا تستطيع المحكمة أن تلزم مجلس النواب بأمر ما ، وهنا رفضت المحكمة هذا الدفع وأصدرت حكما تقريريا غير مذيل بالصيغة التنفيذية بالتزام المجلس بقيد «باول» به بحسبانه تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها دستوريا والتى لا يستطيع الكونجرس تغييرها[14].

وبالنسبة لاستخدام المحكمة للأحكام التقريرية فى مجال الرقابة على دستورية القوانين بعد تأكيدها لدستورية قانون الأحكام التقريرية، فإنه يبين من متابعة أحكام المحكمة العليا تحفظها الشديد فى قبول الأحكام التقريرية كوسيلة لبحث دستورية القوانين مستندة لما يقرره قانون الأحكام التقريرية من جواز إصدار المحاكم لتلك الأحكام فى أحوال الخصومات الحقيقية بين الأفراد ، وحتى تتجنب المحكمة إصدار آراء استشارية ، وهكذا يبدو ضآلة قيمة الأحكام التقريرية كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين.

ويرى د. كمال أبو المجد خطأ مسلك المحكمة لأن الأحكام التقريرية فى تقديره هى أنسب الطرق وأصلحها لممارسة الرقابة على القوانين ومرد ذلك أن القضاء فى المسائل الدستورية ليس فى معظم صوره إلا قضاءً تقريريا، حتى فى الأحوال التى يتخذ فيها صورة الأمر بمنع تنفيذ القانون ، أو القضاء بعدم دستوريته عند الدفع بذلك فى خصومة موضوعية، إذ الواقع يثبت أن كل ما يهدف إليه أطراف النزاع فى كثير من الصور هو التحقق من الوضع الدستورى لقانون أو لائحة معينة، وذلك حتى يرتبوا روابطهم ومراكزهم الخاصة على أساس هذا الوضع. أما التجاؤهم إلى الإجراءات التقليدية فى عرض هذه المشكلة الدستورية فليس إلا نزولا عند حكم ما جرى عليه القضاء من اشتراط عرض المشكلة الدستورية فى أحد هذه القوالب الإجرائية التقليدية [15].

ونرى عكس ما يراه أستاذنا إذ إن الخصومة الحقيقية هى التى تجعل الرقابة الدستورية رقابة فى الموضوع وليست رقابة فى الفراغ، والواقع وكما قرر القاضى دوجلاس عام ١٩٤١ أن الفارق بين ما يعد من الأمور المجردة أو النظرية وما يعد خصومة حقيقية بالمعنى المقصود فى القانون ليس إلا فارقا فى الدرجة، ومن العسير وضع معيار ثابت له يُهتدى به فى جميع القضايا المستقبلية فالمسألة إذا مسألة وقائع تفصل فيها المحكمة حسب ظروف كل قضية وملابساتها.

الفصل الثانى

كيفية تحريك الرقابة
أمام المحكمة الدستورية العليا فى مصر

تقسيم :

بصدور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لم يعد الدفع الفرعى هو الأسلوب الأوحد لتحريك دعوى الدستورية - كا هو الحال إبان عهد المحكمة العليا - وإنما أصبح هناك ثلاثة أساليب، أحدها هو أسلوب الدفع الفرعى والآخر هو أسلوب الإحالة من محكمة الموضوع والثالث هو أسلوب التصدى وذلك هو المستفاد من نص المادتين ٢٧و٢٩[16] من قانون المحكمة الدستورية العليا. وهكذا فإنه لايجوز البتة قبول الدعوى الأصلية[17].

وسوف نتناول كل طريقة من الطرق الثلاث السابقة تفصيلا فى مبحث مستقل. وعلى ذلك ستكون دراستنا فى هذا الفصل مقسمة على النحو التالى :

المبحث الأول : طريقة الدفع.

المطلب الأول : ماهية طريقة الدفع.

المطلب الثانى : ميعاد رفع الدعوى الدستورية.

الفرع الأول : كيفية تنظيم الميعاد.

الفرع الثانى : مد الميعاد ووقفه وقطعه.

المبحث الثانى : طريقة الإحالة.

المبحث الثالث : الهيئات ذات الاختصاص القضائى التى تتساوى مع المحاكم فى الأمر بالإحالة والإذن برفع الدعوى الدستورية حال الدفع بها.

المطلب الأول : أمثلة للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى.

المطلب الثانى : أمثلة للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى.

المطلب الثالث : معيار التمييز بين الهيئة القضائية واللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائى وفوائده.

الفرع الأول : معيار التمييز.

الفرع الثانى : فوائد التمييز.

المبحث الثالث : طريقة التصدى.

المطلب الأول : ضوابط التصدى.

المطلب الثانى : موقف المحكمة الحديث من حق التصدى.

المطلب الثالث : اختلاف فكرة التصدى عن فكرة السقوط.

المبحث الأول

طريقة الدفع

المطلب الأول

ماهية طريقة الدفع

هى أكثر الأساليب شيوعا لتحريك الدعوى الدستورية، وتكون بأن يدفع أمام قاضى الموضوع بعدم دستورية قانون أو لائحة ، وهنا لا يجاب مبدى الدفع إلى دفعه تلقائيا بل لابد أن يتأكد القاضى أولا من جدية الدفع.

ومعنى جدية الدفع أن يكون القانون أو اللائحة المظنون فى دستوريتهما متصل بموضوع النزاع أى أنه يمكن تطبيق أحدهما على الدعوى على أى وجه من الوجوه، وأن يكون هناك شك فى دستورية القانون أو اللائحة المطعون فى دستوريتهما ويعتبر الشك فى جانب عدم الدستورية.

ويرى د. رمزى الشاعر [18] أنه إذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع فلا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تعقب على ذلك وهو الأمر الذى خالفته بحق المحكمة الدستورية العليا، عندما رأت أن تصريح محكمة الموضوع لمبدى الدفع بعدم الدستورية قد ورد على غير محل نظرا لانطواء الدفع على تجهيل بالنصوص التشريعية المطعون عليها ورأت أنه يتعين دائما لاتصال الدعوى بها عن طريق الدفع الفرعى ، ألا يكون هذا الدفع مبهما وأن يكون تقدير محكمة الموضوع تاليا لبيان مضمونه، وهو ما قام الدليل على نقيضه[19].

و لا يطلب بالطبع من رافع الدعوى الدستورية أى دليل آخر لإثبات جدية دفعه غير التصريح له من جانب محكمة الموضوع برفع دعواه [20].

وقد كان قانون المحكمة العليا لا ينص على ميعاد لرفع الدعوى الدستورية وترك ذلك لترخص المحكمة ، وتلافى ذلك قانون المحكمة الدستورية العليا بأن وضع حدا أقصى لرفع الدعوى الدستورية

وهو ثلاثة أشهر أو ما تحدده محكمة الموضوع بما لا يزيد عن ثلاثة أشهر فإذا رفعت الدعوى الدستورية بعد ذلك فإنها تكون غير مقبولة، دون أن يؤثر ذلك على حق قاضى الموضوع[21] فى إحالة ذات النص المشكوك فى دستوريته من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا. وكان قانون المحكمة العليا يستلزم وقف الدعوى الأصلية عند قبول الدفع بعدم الدستورية من محكمة الموضوع ، ومن ثم لم يكن من الممكن نظر الدعوى مجددا إلا بعد تقديم طلب بتعجيلها عند توافر شروط التعجيل ، فلما جاء قانون المحكمة الدستورية العليا استبدل التأجيل بالوقف ومن ثم لم تعد توجد حاجة لاتخاذ إجراءات تعجيل الدعوى المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

هذا ووقف الدعوى الموضوعية فى ظل نص البند (١) من المادة (٤٠) من قانون المحكمة العليا أو تأجيلها فى ظل نص البند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا لا يعتبر شرطا لقبول الدعوى الدستورية وإنما هو نتيجة لتقدير جدية الدفع . والدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التى يخالطها واقع وإنما ينحل إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعى لحكم الدستور ومن ثم يجوز أن يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض[22] حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا أنها " تعتبر من المحاكم التى عنتها المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتى يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها ذلك أن إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه ، بمقولة أن رقابتها منحصرة فى مسائل القانون وحدها،مؤداه أن يكون مرجعها فى هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل فى الطعن المعروض عليها، ولو كانت معيبة فى ذاتها لمخالفتها للدستور ، وهو ما يؤول إلى إنزالها لهذه النصوص دوما على الواقعة التى حصلها الحكم المطعون فيه أيا كان وجه تعارضها مع الدستور ، ويخل بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها فى المرتبة، ولازم ذلك أن طبيعة الرقابة القانونية التى تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع ، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها ، بل إن إحالتها لبصرها فى هذا الدفع ، يعكس جوهر رقابتها القانونية ، ويعتبر أوثق اتصالا بها ، ذلك أن تقريرها ما إذا كان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته يعد لازما أو غير لازم للفصل فى الحقوق المدعى بها ، وكذلك ما إذا كان التعارض الذى يثيره الدفع بين هذا النص وحكم فى الدستور ، يعد – من وجهة مبدئية – مفتقرا إلى ما يظاهره أو مرتكنا إلى ما يبرره ، كلاهما من مسائل القانون الذى يدخل الفصل فيها فى ولاية محكمة النقض التى عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الوقائع التى خلص إليها الحكم المطعون فيه [23].

وإذا قررت محكمة الموضوع من تلقاء نفسها التصريح للمدعى برفع الدعوى الدستورية دون أن يكون ثمة دفع فى هذا الخصوص من جانبه فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة قانونا مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها[24] .

المطلب الثانى

ميعاد رفع الدعوى الدستورية

الفرع الأول

كيفية تنظيم الميعاد

المواعيد هى الآجال التى حددها القانون لمباشرة الدعوى ويقصد بها ألا تظل الأوضاع والمراكز

القانونية غير مستقرة حتى لا تتأبد المنازعات، وقد تكون المواعيد ناقصة وهى تلك التى يجب أن يتخذ الإجراء خلالها والتى تنتهى بانتهاء اليوم الأخير منها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة من أن «ميعاد رفع الدعوى فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار الإدارى المطعون فيه فى الجريدة الرسمية أو فى النشرات التى تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به» . وقد تكون المواعيد كاملة وهى التى يتعين أن تنقضى كاملة قبل اتخاذ الإجراء مثل الميعاد المنصوص عليه فى المادة (٦٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية والمتعلق بميعاد الحضور، إذ تنص تلك المادة على أن ذلك الميعاد هو خمسة عشر يوما أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام محكمة المواد الجزئية .

أما ميعاد رفع الدعوى الدستورية فهو لا يثار إلا فى حالة الدفع بعدم الدستورية ولا يجوز أن يزيد هذا الميعاد بحال عن ثلاثة أشهر وهو من المواعيد الناقصة .

وإذا حددت المحكمة ميعادا يزيد عن ثلاثة أشهرأو لم تحدد ميعادا فيتعين على صاحب الشأن أن يقيم الدعوى خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر و إلا قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى باعتبار ذلك الميعاد مقرر للمصلحة العامة ولمنع الكيد و المماطلة عن طريق الدفع بعدم الدستورية [25].

وإذا قررت محكمة الموضوع ميعادا يقل عن الثلاثة أشهر فإنه يجب الالتزام بهذا الميعاد ولا يجوز مد هذا الميعاد فيما يجاوز الثلاثة أشهر بل إنه حتى فى إطار تلك المدة تتشدد المحكمة الدستورية العليا، حيث قضت بأنه لا يجوز لتلك المحكمة أن تمنح الخصم الذى أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة تجاوز بها حدود الميعاد الذى ضربته ابتداء لرفع الدعوى الدستورية – ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول فإذا كان قد صدر عنها بعد فواته غدا ميعادا جديدا منقطع الصلة به ومجردا قانونا من كل أثر ، ولا يجوز التعويل عليه بالتالى ، بما مؤداه أن معيار الاعتداد بالمهلة الجديدة أو إطراحها هو اتصالها بالمدة الأصلية أو انفصالها عنها ، فكلما تقررت المهلة الجديدة قبل انقضاء المدة الأصلية فإنها تتداخل معها وتصبح جزءا منها وامتدادا لها وعلى نقيض ذلك أن يتم تجديد هذه المهلة بعد انتهاء المدة الأصلية إذ تغدو حينئذ منبتة الصلة بها غير مندمجة فيها أو واقعة فى نطاقها [26].

ونرى فى ذلك نوعا من التشدد غير اللازم إذ طالما أن محكمة الموضوع قبلت منح مهلة جديدة واقعة فى إطار الثلاثة أشهر التى من سلطتها فإنه كان ينبغى التيسير وعدم التمسك بحرفية النص الذى ورد بالمادة [27] ٢٩/ب من قانون المحكمة والذى نص على أنه « ... فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن»، إذ كان يمكن للمحكمة التيسير قليلا فى هذا الشأن وتفسير النص من حيث غايته وهو منع التسويف والمماطلة بحيث تفسر كلمة الميعاد بمدة الثلاثة أشهر كلها وسواء كان المد متصلا أو منفصلا ، خاصة وأن الجزاء جسيم وهو عدم قبول الدفع بعدم الدستورية من نفس المدعى فى ذات الدعوى ثانية حتى ولو انتقلت الدعوى لمحكمة أخرى للاختصاص أولدرجة أعلى، لذا فنحن نطالب المحكمة بمرونة أكبر فى هذا الشأن.

الفرع الثانى

مد الميعاد ووقفه وقطعه

أولا : مد الميعاد

يسرى على ميعاد رفع الدعوى الدستورية أحكام المد المنصوص عليها بقانون المرافعات والتى تكون فى حالتين :

أولها : إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية فهنا يمتد الميعاد إلى أول يوم عمل .

ثانيها المسافة : - إذ يجب مد المواعيد وفقا لما تنص عليه المادة (١٦) من قانون المرافعات بأن يزيد يوم عن كل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذى يجب الانتقال منه والمكان الذى يجب الانتقال إليه ، ومايزيد من الكسور عن ثلاثين كيلومترا يزاد له يوم على الميعاد بما لا يجاوز أربعة أيام، ومن يقع موطنه فى مناطق الحدود فإن ميعاد المسافة بالنسبة إليه يكون خمسة عشر يوما ، وهذا الميعاد موحد بالنسبة للمناطق الحدودية حتى ولو كان بعضها أقرب من بعض .

وقد ذهبت محكمة النقض [28] إلى أنه إذا كان ميعاد المسافة زيادة على أصل الميعاد فإنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه واحدا متواصل الأيام ، وتطبيقا لذلك فإنه إذا كان الميعاد الأصلى لرفع الدعوى ثلاثة أشهر وأضيف إليه ميعاد مسافة أربعة أيام فإنه إذا تصادف وجود يوم جمعة فى آخر يوم فى الثلاثة أشهر فلا يعتد بها حيث إن هذه الإجازة الرسمية تكون واقعة حينئذ خلال الميعاد، *أما إذا تصادف يوم الجمعة فى آخر يوم فى الميعادين معا (الأصلى + المسافة) أى فى اليوم* الرابع بعد الثلاثة أشهر فإنه حينئذ فقط يمتد الميعاد لأول يوم عمل بعدها [29].

ثانيا : وقف وقطع الميعاد

يوقف ميعاد رفع الدعوى الدستورية إذا وجد المدعى فى حالة يستحيل معه عليها رفع دعواه الدستورية وذلك كحالة الجنون ، إذ تعد من الأعذار التى ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة وقد يتحقق الوقف قبل سريان الميعاد فلايسرى الميعاد بالمرة حينئذ، وقد يحدث بعد سريانه فهنا يتوقف الميعاد ويعود للسريان بعد زوال الإيقاف لاستكمال المدة الناقصة .

أما انقطاع الميعاد فإنه يؤدى إلى إسقاط المدة السابقة منه وعدم الاعتداد بها، وتطبيقا لنص المادة (٥٤) [30] من قانون المحكمة الدستورية العليا ينقطع الميعاد بتقديم طلب للإعفاء من الرسم القضائى والكفالة المقررين، ويظل الميعادمقطوعا حتى يصدر رئيس هيئة المفوضين قرارا فيه بالقبول أو الرفض ، وحينئذ يبدأ سريان ميعاد رفع الدعوى .

المبحث الثانى

طريقة الإحالة

و تكون بالتطبيق لنص المادة ٢٩/أ والذى يقرر أنه " إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثنـــاء نظر إحـدى الدعاوى عـدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم

للفصل فى النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة أو الهيئة العليا للفصل فى المسألة الدستورية".

ونظرا لأن النص أورد لفظ محاكم مطلقا فيمكن أن تكون الإحالة التلقائية سالفة الذكر من أية محكمة مهما كانت درجتها بالسلم القضائى ، فبالنسبة للقضاء العادى يمكن أن تكون الإحالة من محكمة النقض أو الاستئناف أو المحكمة الأدنى من ذلك.

وبالنسبة لمجلس الدولة يمكن أن تكون الإحالة من المحكمة الإدارية العليا أو محكمة القضاء الإدارى أو ما هو أدنى من ذلك [31].

ويمكن أن تكون الإحالة من أية هيئة قضائية ذات اختصاص قضائى ولا يجوز أن تكون الإحالة من غير ذلك كاللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى "على نحو ما سنشرحه بالمبحث المقبل" .

هذا ولا تتقيد المحكمة الأعلى بموقف المحكمة الأدنى.

والإحالة السالفة ليست هى الإحالة المنصوص عليها بالمادة ١١٠ من قانون المرافعات والتى تنص على أنه إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى محليا أو نوعيا أو ولائيا فإنها تقضى بعدم اختصاصها وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة.

وإذا قضت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وبإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا وفق أحكام الفقرة الأولى من المادة (٢٩) رغم أن المادة (٢٨) تنص على أن قرارات الإحالة تسرى علها الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذ إن ذلك لا يكون وفق نص تلك المادة إلا بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.

ولا اختلاف فى وجود أوضاع خاصة بالمحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى بها نصت عليهما المادتان ٢٩، ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا والذى هو قانون خاص يسرى فى هذا الشأن ولا يسرى القانون العام « قانون المرافعات» إلا فيما يجاوز التعارض [32]،[33] بينه وبين القانون الخاص.

ونرى أن صدر المادة (٢٨) يؤكد هذا المعنى إذ حرص على أن يؤكد على أنه «فيما عدا ما نص عليه فى هذا الفصل يسرى على قرارات الإحالة ..».

وتحقق طريقة الإحالة بصورة مثلى الهدف من تقرير الرقابة الدستورية والمتمثل فى التطبيق الصحيح لنصوص الدستور وإقرار المشروعية الدستورية بصرف النظر عن مصالح الخصوم الذين قد لا يجديهم تقرير عدم الدستورية فى بعض الحالات أو لم يفطنوا للعوار الدستورى.

ولابد للإحالة أن يكون النص القانونى أو اللائحى لازمًا للفصل فى النزاع المطروح على المحكمة أو الهيئة المحيلة.

وهناك من يرى[34] أن تقدير ما سلف هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من المحكمة الدستورية العليا طالما أنها ستوقف الدعوى ، والحقيقة أننا نرى غير ذلك إذ التعقيب قادم

لا محالة عندما تنظر المحكمة الدستورية فى شروط قبول الدعوى (كما سبق لنا ذكره) ولكن الذى لا يجوز له التعقيب حقيقة هو المحكمة الأعلى فى السلم القضائى.

وتتميز طريقة الإحالة عن طريقة الدفع بأنها لا تحمل الخصم مشقة الدعوى الدستورية وتكاليفها وميعادها القصير نسبيا والذى بفواته يسقط الحق فى إقامتها.

المبحث الثالث

الهيئات ذات الاختصاص القضائى التى تتساوى مع المحاكم فى الأمر بالإحالة والإذن برفع الدعوى الدستورية

تمهيد :

إن فكرة الهيئات ذات الاختصاص القضائى التى تملك ما للمحاكم من مكنات بالنسبة لدستورية القوانين واللوائح تحتاج إلى كثير من التوضيح ، لذا رأينا أن نتعرض لها فى هذا المبحث بصورة مسهبة على النحو التالى :

المطلب الأول

أمثلة للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى

هناك هيئات قضائية عديدة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

١- اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى :

وهى لجنة تصدر قرارات قضائية[35] وليست إدارية وهذه اللجنة تم النص على اختصاصاتها بالمادة (١٣) مكررا من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمادة (٩) من قانون حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها والمادة (٢١) من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.
وكان قد صدر عدة أحكام تقرر الصفة القضائية للجنة الإصلاح الزراعى فقرر حكم محكمة النقض [36] أنه « إذا خص المشرع اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل دون سواها فى منازعات معينة مما يدخل فى اختصاص المحاكم العادية فإن ذلك يعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفى إذ تعتبر هذه الجهة القضائية المستحدثة جهة قضائية مستقلة بالنسبة لما خصها المشرع بنظرة من تلك المنازعات».

وقضت المحكمة الدستورية العليا[37] بأن مؤدى ما نصت عليه المادتان ١٣ مكررا من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى و٢٧ من لائحته التنفيذية وماجاء بالمذكرات الإيضاحية للقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢، أن اللجنة القضائية

للإصلاح الزراعى هى جهة قضائية مستقلة عن جهتى القضاء العادى والإدارى، أنشأها المشرع وخصها بالفصل دون سواها فى المنازعات المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعى ثم عهد إليها بعد ذلك بالفصل فيما ينشأ من منازعات من تطبيق أحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها، وذلك باتباع إجراءات قضائية لها كافة سمات إجراءات التقاضى وضماناته وتؤدى إلى سرعة البت فى هذه المنازعات حتى يحسم أمرها ويتحقق بذلك ما تغياه المشرع من إصدار هذه التشريعات، وبالتالى فإن القرارات التى تصدرها هذه اللجنة تعتبر بحسب طبيعتها أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية .

ويعتبر قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى والذى يعتمد قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى متداخل فى عمل اللجنة ، ومن ثم يعتبر قرارا قضائيا ويحوز قوة الأمر المقضى.

٢- هيئات التحكيم الخاصة بالقطاع العام المنصوص عليها فى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣

لما اتسع نطاق شركات القطاع العام إثر إجراءات التأميم التى تمت فى سنة ١٩٦١وما بعدها، رأى المشرع أن ينشئ "هيئات" لنظر بعض المنازعات الخاصة بها، والقانون الذى كان ينظم هذه الهيئات هو قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦ لسنة ١٩٧١، وقد ألغى هذا القانون بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الخاص بهيئات القطاع العام وشركاته الذى عالج فى الباب السابع منه (المواد من ٥٦ حتى ٦٩) أمر هيئات التحكيم المذكورة بإحداث تغيير جزئى فى شأن هذه الهيئات.

وهذه الهيئات ليست هيئات إدارية بحال بل هى هيئات قضائية أى بمثابة محاكم تصدر أحكاما ، وذلك يظهر جليا من تتبع نصوص القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ الملغى ومن بعده القانون الحالى رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ وعلى الأخص المواد من ٦٣ إلى ٦٨ من القانون الأخير، إذ ترسم تلك المواد إجراءات يشعر المرء معها بأن المشرع قصد أن يجعلها بمثابة محاكم لا بمثابة هيئات إدارية.

٣- قرارات لجنة النقابة الفرعية للمحامين :

تنص المادة (٨٤) من قانون المحاماة رقم ١٧لسنة (١٩٨٣) على أن «للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه – فى حالة عدم الاتفاق كتابة عليها – أن يقدم إلى النقابة الفرعية التى يتبعها طلبا بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل للحضور أمامها لإبداء وجهة نظره.

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثلى النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وبغير رسوم».

وقد سبق أن ذهبت محكمة النقض[38] فى ظل القانون السابق للمحاماة بأن تلك اللجنة من

الهيئات ذات الاختصاص القضائى رغم خلو القانون صراحة من النص على ذلك.

٤- لجان الضباط بالقوات المسلحة :

تعتبر هيئات ذات اختصاص قضائى إذ نصت المادة الأولى من القانون ٩٦ لسنة ١٩٧١ على أن " تختص لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية دون غيرها بالنظر فى المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات النهائية التى تصدرها لجان الضباط بالقوات المسلحة. وتنشأ بكل فرع من أفرع القوات المسلحة لجنة قضائية تختص دون غيرها بالفصل فى باقى المنازعات الإدارية الخاصة بضباط القوات المسلحة ويصدر بتنظيمها وتحديد اختصاصها قرار من رئيس الجمهورية".

ونصت المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٥ بتنظيم وتحديد اختصاصات اللجان القضائية لضباط القوات المسلحة على أن :

ينشأ بالقوات المسلحة اللجان القضائية لضباط القوات المسلحة الآتية:

أ- اللجنة القضائية لضباط القوات البرية

ب - اللجنة القضائية لضباط القوات البحرية

جـ - اللجنة القضائية لضباط حرس الحدود

وقد سبق للمحكمة العليا " الدستورية " أن قضت بأن المصلحة العامة وطبيعة الأوضاع فى القوات المسلحة تستلزم وضع المنازعات الإدارية الخاصة بأفراد هذه القوات فى يد أسرتهم العسكرية باعتبارها القاضى الطبيعى لتلك المنازعات بالنظر إلى الصلة الوثيقة بين أداء الضابط لمهام وظيفته العسكرية وبين ما يصدر فى شأنه من قرارات إدارية بدءا بقرار إلحاقه بالخدمة العسكرية ونهاية بقرار إنهاء تلك الخدمة ، واستجابة لذلك واستنادا إلى التفويض المخول للمشرع بالمادة (١٨٣) من الدستور التى تنص على أن (ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور) أنشأ المشرع لجنة ضباط القوات المسلحة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧١المنعقدة بصفة هيئة قضائية للفصل فى المنازعات بعد أن ضم إلى أعضائها مدير القضاء العسكرى ، وكفل للضباط حق الدفاع أمامها بإجراءات قضائية توفر الحماية اللازمة لحقوقهم ، وزودها بضمانات تكفل سلامة القرارات الصادرة منها فى تلك المنازعة، فقد نصت المادة الثانية من هذا القرار بقانون على أن ينضم إلى عضوية تلك اللجنة – عند انعقادها بهيئة قضاء إدارى مدير القضاء العسكرى، ونصت الفقرة الأولى من المادة السادسة منه على وجوب إعلان الضابط المتظلم بتاريخ انعقاد اللجنة ومكانها قبل انعقادها بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوما لإبداء دفاعه ، وأجازت الفقرة الثانية من ذات المادة منح الضابط المتظلم أجلا لتقديم دفاعه كتابة، وأوجبت المادتان الثامنة والتاسعة إصدار قرارات تلك اللجنة مسببة من واقع التقارير المودعة وما تجريه من تحقيقات وبعد المداولة سرا، سواء صدر قرارها بتأييد القرار المطعون فيه أو بإلغائه أو بتخفيضه أو باستبداله أو بإيقاف تنفيذه على أن تصدر تلك القرارات بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، ومن حيث إنه لامراء أن هذا التنظيم ينبئ عن حرص المشرع على أن يخلع الصفة القضائية على تلك اللجنة ويكفل فى التقاضى أمامها الضمانات القضائية الواجبة ، ولم يغب هذا المفهوم عن الهيئة التشريعية عند مناقشة ذلك التشريع على ما يبين من الاطلاع على مضبطتى الجلسة الثالثة عشر لدور الانعقاد

العادى الأول المعقود في يوم الاثنين ٧ من فبراير سنة ١٩٧٢ والجلسة الرابعة والثلاثين لهذا الدور المعقودة يوم الأحد ٢٨ من مايو سنة ١٩٧٢ وما أثير فيهما من مناقشات بشأن دستورية هذا القرار بقانون انتهت إلى إقراره بالإجماع ، ومتى تقررت لتلك اللجنة الصفة القضائية فليس ثمة ما يمنع من النص على حظر الطعن فيما تصدره فى المنازعات الإدارية المتعلقة بالضباط من قرارات قضائية إذ يعتبر التقاضى لدى تلك اللجنة حينئذ من درجة واحدة[39].

٥- مجلس تأديب القضاة وأعضاء مجلس الدولة :

يعتبر مجلس تأديب القضاة هيئة ذات اختصاص قضائى إذ مؤدى نصوص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ أن الأحكام التى يصدرها مجلس تأديب القضاة نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن ومن ثم يخرج التعقيب عليها من دائرة اختصاص جهة القضاء الإدارى، إذ ناط القانون ذلك بمجلس تأديب يشكل وفقا لحكم المادة (٩٨) من ذلك القانون وأضفى على قرارات هذا المجلس وصف الأحكام، ونصت المادة (١٠٧) منه على عدم جواز الطعن فى الأحكام الصادرة من مجلس التأديب بأى طريق ومؤدى ذلك أن تلك الأحكام يخرج التعقيب عليها من دائرة اختصاص جهة القضاء الإدارى[40].

وقضى بأن مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة يشكل من سبعة من أقدم أعضائه ويفصل فى خصومة موضوعها الدعوى التأديبية وذلك بإعلان العضو بموضوع الدعوى والأدلة المؤيدة لها وتكليفه بالحضور أمامه وتمكينه من إبداء دفاعه وتحقيقه، ثم يحسم الأمر فيها بحكم مسبب تتلى أسبابه بعد النطق به، وهى جميعها إجراءات قضائية توفر لمن يمثل أمامه من أعضاء مجلس الدولة كل سبل الدفاع عن حقوقهم وتكفل لهم جميع ضمانات التقاضى، وبالتالى فإن مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة يعتبر هيئة قضائية عهد إليهاالمشرع باختصاص قضائى محدد ويكون ما يصدر عنه فى هذا الشأن أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية[41].

وتعتبر أيضا هيئة ذات اختصاص قضائى لجنة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة وكذا مجلس تأديب أعضاء السلكين الدبلوماسى والقنصلى.

٦- اللجنتان الابتدائية والاستئنافية المنشأتان طبقا لأحكام القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بفحص طلبات القسمة :

قضت المحكمة الدستورية العليا بأن « البين من أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٥لسنة ١٩٦٠ ومذكرته الإيضاحية ، أن الأعيان التى كان مصرفها على غير جهات البر ، والتى اعتبر وقفها منتهيا بصدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، كان ينبغى توزيعها على المستحقين ، كل بقدر نصيبه ، باعتبار أنهم أصبحوا مالكين لهذه الأنصبة ، إلا أن معظم هذه الأعيان لم تصل إلى أيدى مستحقيها بسبب شيوع أنصبتهم ، وما يقيمه بعض الحراس ، بل وبعض المستحقين ، من العوائق التى تحول دون إجراء القسمة. ولمواجهة ذلك، صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ بقسمة الأعيان التى اعتبر وقفها منتهيا مستهدفا تقرير قواعد ميسرة تكفل إيصال الحقوق إلى المستحقين ، وتجنبهم المنازعات والخصومات التى تتفرع عن إجراءات التقاضى المعتادة والتى قد تعرض حقوقهم للضياع . إلا أن تطبيق هذا القانون أسفر عن تعقد إجراءاته وبطئها بالنظر إلى تعدد لجانه وتعدد إجراءاتها ومواعيدها.

ومن ثم فقد صدر القرار بقانون رقم ٥٥لسنة ١٩٦٠ متوخيا تعديل أحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه بما يكفل سرعة إنجاز عملية القسمة أو البيع -عند تعذر إجرائها - وبمراعاة أن تكون إجراءاتها مبسطة ، وبما يصون حقوق المتقاسمين - وغيرهم على السواء ، وفى هذا الإطار ، حدد القرار بقانون رقم ٥٥لسنة ١٩٦٠ كيفية إجراء القسمة فى الأعيان التى اعتبر وقفها منتهيا ، فاستعاض عن القواعد الإجرائية المعقدة بلجنتين ، تختص إحداهما بفحص طلبات القسمة وتحقيق جديتها وإجرائها ، وكذلك بيع الأعيان التى تتعذر قسمتها، وتختص أخراهما بالفصل فى الاعتراضات على الأحكام التى تصدرها اللجنة الأولى ، سواء كان الاعتراض مبناه المنازعة فى الاستحقاق أو تقويم الأعيان أو غير ذلك . وقد قيد المشرع هاتين اللجنتين بقواعد قانونية ألزمها باتباعها ، بعضها من طبيعة إجرائية هى تلك المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ومنها ما هو من طبيعة موضوعية تمثلها الأحكام التى تضمنها القانون المدنى فى شأن القسمة ، وكذلك ما تضمنه القانون رقم ٤٨لسنة ١٩٤٦من أحكام متعلقة بالوقف .

وتفصل هذه اللجان التى يغلب العنصر القضائى على تشكيلها فيما يعرض عليها مما يدخل فى اختصاصها بعد إعلان أصحاب الشأن ببدء إجراءاتها، وبما يكفل حقوق المتقاسمين والأغيار على السواء وفى إطار من الضمانات الرئيسية للتقاضى التى تتهيأ معها لكل من كان طرفا فى إجراءات القسمة الفرص الكاملة لإبداء أقواله ومواجهة خصمه وتحقيق دفاعه ، بما مؤداه أن المشرع أقام هيئتين ذواتى اختصاص قضائى تعلو إحداهما أدناهما ، وتتقيد كلتاهما بقواعد إجرائية وموضوعية لا تريم عنها ، وتتوافر فى تشكيلها الحيدة التى تكفل غيريتها فى مواجهة المتنازعين [42].

المطلب الثانى

أمثلة للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى .

اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى ليس لها ما للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى من إمكانيتى قبول الدفع والإحالة سالفتى الذكر .

والأمثلة عليها متعددة نذكر منها اللجنة التى أنشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٦٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين والمنصوص عليها فى المادة (١٣) من هذا القانون للفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، وهى رغم أن تشكيلها يجعلها هيئة إدارية إلا أن المشرع خولها اختصاصا قضائيا معينا حين خولها الفصل فى الخلاف الذى يقوم بين المصلحة القائمة بنزع الملكية وذوى الشأن على التعويضات .

وكذا نذكر أيضا لجان تقدير التعويض عن الأشياء المستولى عليها بمعرفة وزير التموين عملا بالفقرة (هـ) من المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين والمنصوص عليها فى المادة(٤٧) من القانون المذكور .

وكذا اللجنة المنصوص عليها فى المادة (١٦) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة

الحقوق السياسية فى شأن القيد بجداول الانتخاب أو الحذف منها أو تصحيح البيانات الخاصة بالقيد فى تلك الجداول .

هذا ويعتبر المجلس الأعلى للهيئات القضائية بحكم تشكيله كهيئة عليا لتشرف إشرافا إداريا على الهيئات القضائية يمارس وظيفة إدارية وقراراته تعتبر قرارات إدارية لا قضائية [43].

المطلب الثالث

ثالثا معيار التمييز بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى[44] وفوائده .

الفرع الأول

معيار التمييز

الحق أنه كثيرا ما تصعب التفرقة بين الفئتين السالفتين، وذهب فريق إلى أن العبرة بالمعيار الموضوعى فالقرار يكون قضائيا كلما حسم خصومة بين طرفين حول مسألة قانونية وبالتالى يحوز قوة الشيء المحكوم فيه ، وأبلغ آية تدل على فساد هذا المعيار هو ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة فى فقرتها الثامنة من أن « تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :-

ثامنا: الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات قضائية لها اختصاص قضائى» فهذه المادة اعتبرت أن تلك القرارات إدارية رغم أنها تفصل فى خصومه.

ويذهب فريق آخر إلى الاعتداد بالمعيار الشكلى بالاعتداد بالهيئة التى أصدرت القرار فإن كانت تابعة للسلطة القضائية فالقرار قضائى وإن لم تكن فالقرار إدارى .

وهذا المعيار لا يصلح أيضا لاختلاط تشكيل الهيئات فى كثير من الأحيان ولذلك فمن الأفضل الدمج بين المعيارين معا.

ويذهب المستشار ، محمد نصر الدين كامل - ونحن معه - إلى أنه يتعين الرجوع إلى نصوص القانون المنظم للهيئة مصدرة القرار والمبين لولايتها واختصاصها لتحسس رغبة الشارع من مجموع هذه النصوص ومن روح التشريع، لتبين ما إذا كان يقصد إنشاء هيئة قضائية تصدر قرارات قضائية أم يرمى إلى خلق هيئة إدارية تصدر قرارات إدارية ، ومن القرائن التى تعاون فى التعرف على أن الهيئة قضائية وليست إدارية تشكيل تلك الهيئة من عناصر قضائية وكذا الإشارة إلى انعدام علاقة التبعية الرياسية بينها وبين هيئات أخرى تفرض عليها الحكم على وجه معين ، وإخضاعها لضمانات وشكليات مقررة لصالح المتقاضين مما يتبع عادة أمام المحاكم ، كاشتراط علنية الجلسة ، وإعلان طرفى الخصومة للمثول أمام الهيئة ، وتمكينهم من توكيل محامين وتسبيب القرارات التى تصدر منها ، وإلزامها بالبت فى النزاع مادام قد رفع إليها، وتخويلها سلطة التحقيق وسماع الشهود

بعد حلف اليمين وتغريمهم عند تحليفهم، وندب الخبراء ، والانتقال لإجراء المعاينة ، وتنظيم طريق الطعن فى قراراتها أو الإشارة إلى أن قراراتها تصدر نهائية .

وهذه كلها قرائن تقوم على المعيار الشكلى .

ومن القرائن التى تقوم على المعيار الموضوعى نص المشرع على أن تفصل الهيئة فى خصومات بين طرفين محددة حقوق المتنازعين ، وأن قرارها كاشف للحق وليس منشئا له .

هذا ويجب إعمال الفكر فى هذه القرائن مجتمعة واستلهام نصوص القانون وروحه للتوصل للتكييف القانونى الصحيح ، ويحدث أن يورد المشرع العديد من هذه القرائن سالفة الذكر ومع ذلك يبين من روح التشريع ومجمل نصوصه أنه قصد لإنشاء هيئة إدارية . فمثلا قد يشترط فى الهيئة الإدارية علانية جلساتها (كما فى المزايدات مثلا) أو وجوب تسبيب قراراتها أو تشكيلها من عناصر قضائية [45].

وعلى العكس قد يتبين من مجموع النصوص أن المشرع قصد إنشاء هيئة قضائية لا إدارية بالرغم من نصه على أمور مما ترد عادة بصدد الهيئات الإدارية، كأن ينشئ محكمة ويدخل فى تشكيلها عناصر غير قضائية [46] أو يجعل الهيئة التى تنظر الطعن فى قراراتها أو التصديق عليها هى الوزير[47] .

هذا ورغم كل هذه المعايير إلا أنه لا زال الاختلاف ممكنا حول هيئة ما مثل لجنة الطعون المنصوص عليها فى قانون فرض مقابل تحسين العقارات التى يطرأ عليها التحسين، حيث ذهبت محكمتا النقض والإدارية العليا إلى اعتبارها جهة إدارية ذات اختصاص قضائى .

بينما ذهبت المحكمة العليا «الدستورية » إلى اعتبارها هيئة قضائية ذات اختصاص قضائى وتبعتها فى ذلك المحكمة الدستورية العليا[48].

هذا وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا أن تحدد فى حكم حديث لها معيار التمييز بين الأعمال القضائية وغيرها[49] .

وأكدت المحكمة فى أكثر من حكم لها بأن الهيئة ذات الاختصاص القضائى فى مفهوم المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية هى كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل فى خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الإجراءات القضائية التى يحددها القانون [50].

الفرع الثانى

فوائد التمييز

سوف نذكر مجموعة من الفوائد المترتبة على التمييز أولها يهمنا فى مجال تحريك الرقابة الدستورية وباقيها مفيد لتفهم بعض الأمور الدستورية واختصاصات المحكمة الدستورية وذلك على النحو التالى : -

١ - إن الهيئة القضائية يمكن الدفع أمامها بعدم الدستورية كما يجوز لها إحالة النص التشريعى المشكوك فى دستوريته للمحكمة الدستورية العليا من تلقاء ذاتها وهو ما لا يجوز للجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائى .

٢ - يستطيع المشرع أن يجعل حكم الهيئة ذات الاختصاص القضائى نهائيا غير قابل للطعن عليه طالما عهد إليها بالفصل فى عناصر النزاع جميعا - الواقعية منها والقانونية -[51] ذلك أن قصر التقاضى فى المسائل التى فصل فيها الحكم على درجة واحدة هو مما يستقل المشرع بتقديره ولا مخالفة دستورية فيه. وإذا سكت المشرع عن تنظيم الطعن على قرار الهيئة القضائية عد نهائيا.

٣- وعلى نقيض ما ذكر فى ثانيا فإن اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائى لا يجوز أن يحصن المشرع قرارها من الطعن عليه وإلا اعتبر ذلك غير دستورى، وإذا سكت المشرع عن تنظيم الطعن كان الأمر حينئذ من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضائية إدارى تطبيقا لنص المادة (١٠ / ٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ولا يجوز أن ينعقد الاختصاص بنظر الطعن لغير مجلس الدولة ما لم ير المشرع بنص خاص ذلك .

٤- الجهات [52] أو الهيئات التى تتنازع الاختصاص فيما بينها- إيجابيا كان هذا التنازع أم سلبيا- هى التى منحها المشرع ولاية القضاء فى نزاع معين ، وتتوافر لقرارتها القضائية فى شأن هذا النزاع خصائص الأحكام ومقوماتها، وينطبق ذات الحكم بالنسبة للتنازع فى تنفيذ الأحكام.

المبحث الرابع

طريقة التصدى

المطلب الأول

ضوابط التصدى

تمهيد:

نصت المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه « يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية».

ومفاد ذلك أن المشرع لم يكتف لتحريك دعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا بطريقتى الدفع والإحالة ولكن أضاف إليهما طريقة ثالثة هى طريقة التصدى، وهذا اتجاه محمود من المشرع بحسبان أن المحكمة الدستورية العليا تعتبر المحكمة ذات الولاية العامة والوحيدة فى مجال دستورية القوانين واللوائح ومن ثم يتعين أن يسلم لها بحق القضاء بعدم دستورية أى نص يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، فضلا عن أنه من غير المستساغ أن يخول المشرع جميع المحاكم حق الإحالة بينما يحرم المحكمة الدستورية العليا صاحبة الولاية العامة من استعمال رخصة

التصدى، وبذلك يكون التصدى مكملا للدفع الفرعى ولحق الإحالة باعتبار أن هذه الصور حلقات ثلاث تتعاون جميعا فى توكيد الشرعية الدستورية .

ومعنى التصدى هو أن المحكمة الدستورية لها إذا رأت حال مباشرتها لأى من اختصاصاتها المعروفة عدا التفسير (الدستورية، تنازع الاختصاص، تنازع التنفيذ)، أن نصا تشريعيا فى قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المعروض عليها قد خالف الدستور، أن تحيل هذه المسألة إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى وإعداد تقرير فيها، ثم تأخذ المسألة الدستورية مراحلها بعد ذلك بمعنى أن تعرض الأوراق على رئيس المحكمة الدستورية لتحديد جلسة ليتم الفصل فى الدعوى الدستورية بعد ذلك[53].

والحقيقة أن استخدام المحكمة لرخصة التصدى لا يعنى القطع بأن النص الذى تصدى له غير دستورى إذ إن الأمر حينئذ لا يعدو أن يكون وجهة نظر مبدئية لا يعتد بها عند الفصل النهائى فى دستورية النص.

وتتميز فكرة التصدى بالضوابط الآتية :

١- إنه إضافة لحق المحكمة فى التصدى من تلقاء نفسها فإنه من حق الأفراد تنبيه المحكمة الدستورية لاستخدامه ، وليس كل الأفراد يحق لهم ذلك وإنما يقتصر الأمر فقط على أصحاب الصفة فى النزاع المطروح على المحكمة، ويمكن أن يكون ذلك فى صورة طلب يقدم للمحكمة كما يمكن أن يكون من ضمن المذكرات التى تقدم للمحكمة ، ويتصور أن يتم ذلك حالة ما إذا كانت المحكمة تمارس أيا من اختصاصاتها عدا التفسير إذ لا علاقة للأفراد بهذا الاختصاص.

وإن كان هذا لا ينفى حسبما يرى أحد الفقهاء [54] إمكان تصدى المحكمة من تلقاء نفسها لفحص دستورية النص المعروض أمر تفسيره، ونرى أن التفسير لا يمثل منازعة حقيقية وإنما هو مجرد طلب يقدم من وزارة العدل طبقا للمادة (٣٣) من قانون المحكمة ومن ثم فليس هناك نزاع يتيح التصدى وهو الأمر الذى أكدت مضمونه محكمتنا الدستورية فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١١ ق "تفسير" جلسة ١٩٩٥/١٠/٢١" والدعوي رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق «دستورية» جلسة ١٩٩٧/٥/١٧.

٢- يرى د / رمزى الشاعر [55] أن المشرع إذا استخدم لإعطاء الحق فى التصدى للمحكمة الدستورية عبارة " بمناسبة ممارسة اختصاصها" فإن ذلك يعتبر رغبة من المشرع فى التوسع فى حالات التصدى إذ لو أراد المشرع التضييق لكان يجب عليه حينئذ استعمال اصطلاح "أثناء" بدلا من اصطلاح "بمناسبة " ، وعلى هذا فإن النظر فى مدى قبول الدعوى أو عدم قبولها أو البحث فى مدى توافر أى شرط من شروط الدعوى يعتبر « مناسبة » لاستخدام المحكمة الدستورية العليا لحقها فى التصدى.

وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا هذه الوجهة من النظر عند ما قضت بأنه « يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة *اختصاصها*، ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع *الإجراءات المقررة* لتحضير الدعاوى الدستورية، ذلك أن إعمال هذا الرخصة المقررة للمحكمة طبقا للمادة المذكورة منوط بأن يكون *النص الذى يرد عليه التصدى* متصلا *بنزاع مطروح عليها، فإذا انتفى قيام النزاع* أمامها كما هو الحال فى الدعوى الراهنة التى انتهت المحكمة من قبل إلى انتهاء الخصومة فيها فمن ثم لا يكون لرخصة التصدى سند يسوغ استعمالها[56]» .

كما انتهت المحكمة فى حكم آخر إلى أنه " لا محل لما طلبه المدعيان من إعمال المحكمة لرخصة التصدى لعدم دستورية القرار بقانون المطعون عليه طبقا لما تقضى به المادة (٢٧) من قانونها والتى تنص على أنه «... ذلك أن إعمال هذه الرخصة المقررة للمحكمة طبقا للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذى يرد عليه التصدى متصلا بنزاع مطروح عليها فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال فى الدعوى الراهنة التى انتهت المحكمة من قبل إلى عدم قبولها - فلا يكون لرخصة التصدى سند يسوغ إعمالها[57]».

ويلاحظ أن كلمة من قبل التى وردت بالحكمين السالفين لم يقصد بها الزمن الماضى ولكن ذات الحكم.

٤- فى البداية كانت المحكمة الدستورية العليا ترى أن استعمالها لحق التصدى يكفى فيه أن تقوم مجرد صلة بين النص المعروض عليها والنص الآخر الذى تتصدى له، ولم تشترط أن يكون النص الذى يمتد إليه حق التصدى لازما للفصل فى موضوع النزاع المعروض عليها وذلك توسيعا للرقابة ولسلطات المحكمة، وقد تحقق هذا الأمر بحكم المحكمة فى القضية [58] رقم ١٠ لسنة ١ ق والتى تتلخص فى أن أحد أعضاء مجلس الدولة كان قد طعن أمام دائرة شئون الأعضاء بالمحكمة الإدارية العليا بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة والتى تحظر الطعن على قرارات النقل والندب ، ولما وصلت القضية إلى المحكمة الدستورية العليا رأت أن الفقرة سالفة الإشارة تماثل تماما الفقرة الأولى من المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٣والتى نصت على أن " تختص دوائر المواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض دون غيرها بالفصل فى الطلبات التى يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب .... "، ومن ثم تصدت المحكمة لهذا النص الأخير وانتهت إلى القضاء بعدم دستورية كلا النصين السالفين تأسيسا على أنهما يحولان بين رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة وبين الطعن على قرارات النقل والندب بما يخالف نص المادة (٦٨) من الدستور والتى تحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء.

ونرى خطأ هذا القضاء إذ النص المتصدى له لم يكن له أى أثر على موضوع النزاع، الأمر الذى يجعل رقابة المحكمة له رقابة تدور فى الفراغ خلوا من أى أثر موضوعى، كما أن فى ذلك التصدى تعطيلا للقضاء بدون مبرر ، إذ ما ذنب المدعى بالدعوى الدستورية فى تعطيل دعواه الدستورية حتى تتصدى المحكمة لنص لا علاقة له به سوى أنه متشابه مع النص المنطبق على النزاع الموضوعى !، ومن المعروف أن إجراءات التحضير تأخذ وقتا غير قصير.

والمسألة الدستورية سواء نظر إليها عن طريق الدفع الفرعى أم الإحالة أم التصدى هى فى جوهرها ، وكنهها مسألة أولية للفصل فى نزاع موضوعى ومن ثم فشأنها شأن المسائل الأولية التى يتوقف عليها الفصل فى النزاع الموضوعى، فإذا لم يكن استعمال المحكمة لحق التصدى لازما للفصل فى ذات النزاع المعروض عليها فإن ما تنتهى إليه المحكمة من عدم دستورية النص محل التصدى لا يعدو أن يكون فى واقع الأمر تقريرا مجردا لحكم الدستور فى هذا الشأن[59].

المطلب الثانى

موقف المحكمة الحديث من حق التصدى

يبدو أن المحكمة أدركت تماما خطأ تصديها الذى تم بالحكم الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٢ لذا عدلت عن هذا الاتجاه وتبدو مظاهر هذا العدول فيمايلى:

أ - أن المحكمة لم تمارس حق التصدى المقرر لها قانونا منذ حكمها الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٢ وحتى حكمها الصادر بجلسة ١٥/١/١٩٩٧.

ب - لا اختلاف أنه ما بين الحكمين السابقين كان قد أتيح للمحكمة العديد من الفرص لتتمسك بفكرة التصدى المعيبة إن كانت مصرة عليها إلا أنها أحجمت.

ونذكر مثالا لذلك حكم المحكمة المتعلق بالضريبة على الاستهلاك إذ يقوم على مبادىء تصلح للتطبيق على قانون الضريبة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ والذى ألغى فى مادته الثانية القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ بشأن الضريبة على الاستهلاك، حيث أجاز نص المادة (٣) منه لرئيس الجمهورية تعديل سعر الضريبة على بعض السلع وتعديل الجدولين رقمى (١) ، (٢) المرافقين للقانون الأمر الذى يمثل تفويضا مفتوحا غير مقيد وإنشاء للضريبة فى حدود القانون وليس بالقانون.

و خير ما فعلت المحكمة إذ إضافة للعيوب سالفة الذكر فإن التصدى بالمفهوم القديم يؤدى للاحتكاك ما بين المحكمة والسلطتين التشريعية والتنفيذية الأمر الذى قد يجلب على المحكمة أخطارا هى فى غنى عنها، كما أن المفهوم القديم لا يتفق مع فكرة التقييد الذاتى.

جـ - أتيح للمحكمة فى حكم حديث لها صادر بجلسة[60] ٤/١/١٩٩٧ أن تحدد المفهوم الحقيقى لفكرة التصدى وأن تعدل عن المفهوم القديم للتصدى دون أن تشير لهذا العدول صراحة، ولأهمية هذا الحكم فى وضع الأسس الحديثة للتصدى فسوف نتناوله تفصيلا.

وتخلص وقائع هذا الحكم فى أن المدعى - وهو مخرج سينمائى مقيد بجدول نقابة المهن السينمائية - كان قد أخرج مسرحية «حب فى التخشيبة» لصالح فرقة ثلاثى أضواء المسرح دون أن يكون مقيدا بنقابة المهن التمثيلية، وبغير أن يحصل على تصريح منها بذلك فأقام نقيبها ضده وبطريق الادعاء المباشر الجنحة رقم ٥٥١٠ لسنة ١٩٩٢ جنح الأزبكية طالبا- فضلا عن التعويض المؤقت - أن توقع عليه أقصى العقوبة المنصوص عليها فى المادة ٥ (مكررا) من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ فى شأن إنشاء نقابات واتحاد نقابات المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية.

وأمام المحكمة الجنائية دفع المدعى بعدم دستورية المادة (٥) من هذا القانون ، وذلك فيما تضمنته من قصر إخراج الأعمال المسرحية على المخرج المسرحى وقبلت المحكمة دفعه. وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ تنص على بيان بأعضاء كل من نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية.

ونصت المادة (٥) من هذه القانون على أن :

١ - ينشأ فى كل نقابة من النقابات سالفة الذكر جدول عام يقيد فيه أسماء الأعضاء العاملين فى النقابة.

٢ - ولا يجوز لأحد أن يشتغل بفنون المسرح أو السينما أو الموسيقى على النحو المنصوص عليه فى المادة (٢) من هذا القانون ما لم يكن عضوا عاملا بالنقابة.

٣ - ويجوز لمجلس النقابة التصريح بصفة مؤقتة لعمل محدد أو لفترة محدده قابلة للتجديد لغير الأعضاء العاملين وذلك تيسيرا لإظهار المواهب الكبيرة الواعية ولاستمرار الخبرات المتميزة، أو مراعاة لظروف الإنتاج المشترك أو تشجيعا للتبادل بين مصر والبلاد العربية وغيرها أو بسبب الندرة أو عدم وجود نظير من أعضاء النقابة لطالب التصريح. ولا يكسب هذا التصريح الطالب أى حق من الحقوق أو أى ميزة من الميزات المكفولة للأعضاء العاملين فى هذا القانون.

٤ - وعلى طالب التصريح « مصريا كان أو أجنبيا » أن يؤدى إلى صندوق الإعانات والمعاشات بالنقابة رسما نسبيا مقداره ٢٠٪ من الأجور والمرتبات التى يحصل عليها نتيجة التصريح المؤقت.

وكانت المادة (٥) مكررا تنص على أن يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين ، كل من زاول عملا من الأعمال المهنية المنصوص عليها فى المادة (٢) من هذا القانون ولم يكن من المقيدين بجداول النقابة، أو كان ممنوعا من مزاولة المهنة ما لم يكن حاصلا على تصريح مؤقت للعمل طبقا للمادة (٥) من هذا القانون.

ولما كان الدفع أمام المحكمة الجنائية و الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية يتعلقان بعدم دستورية المادة (٢/٥) من القانون المذكور فقط ، وكانت الدعوى قد تم تحضيرها على أساس من ذلك وأودع فيها تقرير هيئة المفوضين، فقد رأت المحكمة إعادة الدعوى إلى هيئة المفوضين لاستكمال تحضيرها فى شأن مدى دستورية الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة (٥) المطعون عليها ، وكذلك المادة (٥) مكررا من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه، وأوضحت المحكمة بعد ذلك فى حكمها سبب هذا التصدى بأن الفصل فى دستورية الفقرة الثانية من المادة (٥) - المطعون عليها - وثيق الصلة بفقرتيها الثالثة والرابعة ، وكذلك بالمادة ٥ (مكررا) من هذا القانون وبغيرها من النصوص التى تضمنها مفصلا بها الشروط التى يتعين توافرها فيمن يزاولون الأعمال التمثيلية أو السينمائية وأحوال الاستثناء منها، وهكذا فإن أحكام هاتين المادتين متضامنتين مع تلك الشروط ، تمثل جميعها منظومة متكاملة يتعين على هذه المحكمة أن تحيل بصرها على ضوء نظرة شاملة تحيط بها، وتتحدد على ضوئها دستوريتها وإلا انفرط عقدها وانماع مفهومها.

وعن التصدى أوضحت المحكمة فى شأنه صراحة أنه « وحيث إن قضاء هذه المحكمة فى شأن المادة (٢٧) من قانونها، التى تخولها الحكم بعدم دستوريته نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها، ويتصل بالنزاع المعروض عليها، مؤداه أن مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانون إنشائها وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة ، وما قد يثار عرضا من تعلق الفصل فى دستورية بعض النصوص القانونيه لها.

ومن ثم تكون الخصومة الأصلية هى المقصودة بالتداعى أصلا، والفصل فى دستورية النصوص القانونية التى تتصل بها عرضا، مبلورا للخصومة الفرعية التى تدور مع الخصومة الأصلية وجودا وعدما ، فلا تقبل إلا معها، وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التى لا تعرض لدستورية النصوص القانونية التى تقوم عليها الخصومة الفرعية، إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية ، وبمناسبتها

وشرط ذلك أن يكون تقرير بطلان هذه النصوص أو صحتها مؤثرا فى المحصلة النهائية للخصومة الأصلية أيا كان موضوعها أو أطرافها، بما مؤداه أن مباشرة هذه المحكمة لرخصتها المنصوص عليها فى المادة (٢٧) من قانونها شرطها :

أولا : استيفاء الخصومة الأصلية لشرائط قبولها، وثانيا اتصال بعض النصوص القانونية عرضا بها، وثالثا تأثير الفصل فى دستوريتها فى محصلتها النهائية. وهكذا نرى أن المحكمة بهذا الحكم القيم وضعت مفهوم التصدى فى مقامه الصحيح بوصفه خصومة فرعية تتصل بخصومة أصلية، لايشترط أن تكون حول دستورية نص تشريعى، ويتأثر الفصل فى دستورية الخصومة الفرعية فى المحصلة النهائية للخصومة الأصلية.

ويستفاد من الحكم الآنف مايلى :

١ - إن الخصومة الأصلية إذا كانت خصومة دستورية فيجب ألا يكون مقطوعا بصحة وجهة نظر المدعى الدستورى أو محكمة الإحالة، أى ألا يكون مقطوعا بعدم دستورية النص المطعون عليه أو المحال لأنه إن كان كذلك فلا داع للتصدى الذى يعطل حقيقة الفصل فى الخصومة الأصلية، لأنه إن آل فرضا إلى عدم الدستورية فلا توجد فائدة ماستترتب على ذلك فى الخصومة الأصلية، وهذا يبين مما انتهت إليه المحكمة فى الحكم الآنف إذ إنها رأت - للأسباب التفصيلية الواردة بالحكم - عدم صحة ما نعاه المدعى الدستورى من عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الخامسة المطعون عليها، إلا أنها رأت فى ذات الوقت إمكانية تحقيق مصلحة المدعى من وجهة أخرى عن طريق التصدى.

٢- إن التصدى لا يعنى القطع بأن المحكمة ستنتهى إلى عدم دستورية كافة النصوص المتصدى لها إذ يبين من حكم المحكمة الآنف أنها وإن تصدت من ضمن النصوص المتصدى لها لنص الفقرة الثالثة من المادة (٥) فإنها لم تقض بعدم دستوريتها، وإنما انتهت فحسب إلى عدم دستورية الفقرة الرابعة من المادة (٥) وأيضا المادة (٥) مكررا باعتبار أن الرسم النسبى على الأجور والمرتبات نتيجة التصريح المؤقت يمثل عدوانا على حق العمل والانفراد بعائده ، وكذا فإن العقوبة الجنائية التى انتظمها القانون وهى عبارة عن الحبس والغرامة أو إحداهما - على إطلاق- دون قيد يتعلق بالحد الأقصى لأيهما يمثل عبئا باهظا على أعمال الإبداع، إذ إن قيود التنظيم النقابى لا يجوز إنفاذها من خلال جزاء جنائى يقيد الحرية الشخصية اعتسافا.

٣- قد يرى قائل أن مفاد الحكم السالف أن المحكمة تستطيع أن تتصدى للنصوص التى تحقق المصلحة الحقيقية للخصم فى دعواه الموضوعية حتى لو كان النص المطعون عليه أو المحال لا يحققها، وهنا يمكن الرد بما قضت به المحكمة من أن التصدى مشروط بأن تكون الخصومة الأصلية الدستورية مقبولة وهو الأمر الذى ينتفى حال كون النص المطعون عليه أو المحال لا يحقق مصلحة أو فائدة فى الخصومة الموضوعية، إذ لا يوجد حينئذ نزاع معروض على المحكمة الدستورية.

وبتطبيق ذلك على الحكم الآنف كانت تبدو مصلحة المدعى الدستورى فى الطعن على المادة (٢/٥) من القانون بحسبان أنه لا يجوز وضع قيود تنظيمية على الإبداع الفنى ليصل بالطبع إلى أن الركن المادى للجريمة لا يصلح محلا للتأثيم فرأت المحكمة أن التنظيم النقابى فى ذاته جائز إلا أنه لايجوز السماح لغير الأعضاء بالعمل مقابل اقتطاع مبلغ كبير من دخولهم من ناحية ومن ناحية

أخرى لايجوز إنفاذ هذا التنظيم عن طريق الجزاء الجنائى الذى يصل لحد تقييد الحرية، مما يفيد أن المحكمة تسمح بتوقيع عقوبة الغرامة لو كان لها حد أقصى أو اقتضاء حقوق النقابة بالطريق المدنى (التعويض).

وهكذا تحققت مصلحة المدعى الدستورى من هذا التصدى لأنه برىء بالطبع من الاتهام الجنائى ، وقد كان هذا هو قصده لولا أنه ولج طريقا لايؤدى موضوعيا إليه.

المطلب الثالث

اختلاف فكرة التصدى عن فكرة السقوط

تختلف فكرة التصدى لنص ما عن فكرة سقوط النصوص المرتبطة بالنص المقضى بعدم دستوريته، إذ كثيرا ماتجد المحكمة أن هناك نصوصا من المستحيل بقاؤها مع القضاء بعدم دستورية نص ما لذا فإنها تحكم بسقوط تلك النصوص.

هذا والنص الباطل « المقضى بعدم دستوريته » يختلف عن النص الساقط فى أن أولهما فحصته المحكمة الدستورية وانتهت إلى عدم دستوريتة بينما الثانى لم يخضع للفحص كالآخر، كما أن النص الباطل معيب فى ذاته بينما النص الساقط معيب فى ارتباطه بغيره أى فى ارتباطه بالنص غير الدستورى .

هذا والنص المقضى بسقوطه لا يقتضى اتخاذ إجراءات التحضير بشأنه. ومن أمثلة قضاء المحكمة بالسقوط ما قضت به المحكمة من أنه «متى كانت هذه المحكمة قد انتهت إلى عدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ وكانت المادة الثانية تتناول الأثر الرجعى لهذا القانون بنصها على سريان أحكامه اعتبارا من أول يوليو ١٩٨٧ ، فإنها تسقط تبعا لإبطال مادته الأولى إذا لا يتصور وجودها مستقلة عنها بالنظر إلى ارتباطهما ارتباطا لا يقبل التجزئة[61]،[62] .

ولعل حكم المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بضريبة الاستهلاك هو أكثرها توضيحا لمعنى السقوط حيث كانت المادة الثانية من قانون ضريبة الاستهلاك الصادر بالقانون رقم ١٣٣لسنة ١٩٨١ تنص على مايلى:

فقرة أولى تفرض الضريبة على السلع الواردة بالجدول المرافق لهذا القانون بالفئات الموضحة قرين كل منها .

فقرة ثانية ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية تعديل هذا الجدول على أن يعرض القرار على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائما ، أو فى أول اجتماع له فى حالة حل المجلس أو وقف جلساته.

فقرة ثالثة فإذا لم يقره المجلس ألغى القرار مع اعتبار ما تم تحصيله قبل الإلغاء صحيحا .

واستنادا للفقرة الثانية المذكورة صدر قرارا رئيس الجمهورية ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢ و ١٢٧ لسنة ١٩٨٦.

ولما كانت المحكمة قد انتهت الى عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الضريبة على الاستهلاك فيما قررته من تخويل رئيس الجمهورية تعديل جدول الضريبة على الاستهلاك وذلك للأسباب التفصيلية المذكورة بالحكم [63] فقد تبين للمحكمة أن باقى أحكام الفقرة الثانية المذكورة وكذا الفقرة الثالثة وقرارى رئيس الجمهورية ٣٦٠ لسنة ٩٨٢ ،١٣٧لسنة ١٩٨٦مرتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالنص المقضى بعدم دستوريته لهذا قضت المحكمة بسقوطهم [64].

الفصل الثالث

الرقابة أمام المحكمة العليا الأمريكية وارتباطها بالقضية

تقسيم :

حتى تقوم المحكمة العليا بدورها الدستورى فلا بد أن يكون أمامها قضية ما تصل إليها فى إطار التنظيم القضائى، ووصول القضية إلى المحكمة العليا يحتاج عملا إيجابيا بلا جدال ، ومجهودا لا بد من بذله ، ويتداخل فى ذلك العديد من العوامل ، والتى لها تأثير يقل أو يكبر - بحسب الأحوال - فى تحديد جدول أعمال المحكمة.

وهذه العوامل منها ما يرجع إلى الدولة ممثلة فى الكونجرس والمحكمة ذاتها، ومنها ما يرجع إلى غير الدولة ممثلة فى دور الخصوم والمحامين وجماعات المصالح .

وبعد أن تتحدد أعمال المحكمة وتصل القضية بالفعل إليها فإن هناك إجراءات تتخذها المحكمة للبت فيها، وسوف نركز فى هذا الفصل - منعا من الإطالة - على أمرين اثنين لا ثالث لهما نبحث أولهما فى المبحث الأول وثانيهما فى المبحث الثانى على النحو التالى :

المبحث الأول : التنظيم القضائى .

المطلب الأول : التنظيم القضائى لمحاكم الولايات .

المطلب الثانى : التنظيم القضائى للمحاكم الفيدرالية .

المبحث الثانى : الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت فى الأمر.

المطلب الأول : تنوع قرارات المحكمة العليا فيما يصلها من قضايا.

المطلب الثانى : إجراءات البت فى مدى قبول القضية.

المبحث الأول

التنظيم القضائى

تصل القضية إلى المحكمة العليا الأمريكية من خلال نظام قضائى محدد، لذا رأينا أن نتناول - بصورة موجزة - التنظيم القضائى لمحاكم الولايات فى المطلب الأول والتنظيم القضائى للمحاكم الفيدرالية فى المطلب الثانى .

المطلب الأول

التنظيم القضائى لمحاكم الولايات [65]

يوجد بكل ولاية محاكم ابتدائية لها دوائر اختصاص عام وتطلق عليها أسماء مثل المحاكم العليا ومحاكم المناطق المتنقلة أو الدورية ومحاكم الدعاوى المدنية، ويرأس هذه المحاكم قاض واحد يتمتع عادة بالكفاءة التى تمكنه من نظر جميع القضايا مدنية كانت أو جنائية والتى لا تكون من اختصاص المحاكم الخاصة .

وتوجد أيضا المحاكم الخاصة وهى ذات اختصاص محدود مثل المحاكم الجنائية والمحاكم الخاصة بالأحوال المدنية ومحاكم الأطفال أو الأحداث ومحاكم إثبات الوصاية وأموال القاصرين، وذلك إضافة للمحاكم ذات الاختصاص الأقل شأنا والتى تنظر فى القضايا البسيطة مثل محاكم المقاطعات والبلديات والمخالفات البسيطة والشرطة .

وفى أعلى السلم القضائى فى الولايات توجد محكمة الاستئناف العليا وإن كانت فى بعض الولايات تعرف بأسماء أخرى مثل محكمة الاستئناف بولاية نيويورك وهى فى حقيقتها المحكمة العليا للولاية ، وعدد القضاة بها يتراوح من خمسة إلى تسعة .

المطلب الثانى

التنظيم القضائى للمحاكم الفيدرالية

لما كان واضعو الدستور تركوا للكونجرس مهمة إنشاء المحاكم الفيدرالية الدنيا فقد أضفى ذلك على النظام الفيدرالى المرونة ومنحه فرصة التجربة، وتوجد ثلاثة مستويات للمحاكم أولها محاكم المقاطعات وأوسطها محاكم الاستئناف وأعلاها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية ، ومحاكم المقاطعات هى المحاكم الابتدائية ذات الاختصاص العام بالقضايا المدنية والجنائية بما فى ذلك القضايا الخاصة بديوان البحرية وتراجع تلك المحاكم قرارات بعض الهيئات الإدارية الفيدرالية ، ويوجد تسعون محكمة من محاكم المقاطعات فى الولايات الخمسين إضافة إلى واحدة تختص بمقاطعة كولومبيا، وبعض الولايات الصغرى بها محكمة واحدة بينما تصل محاكم المقاطعات إلى أربع فى الولايات الكبرى وتتشكل عادة من قاض واحد [66].

وتقدم القضايا المستأنفة من محاكم المقاطعات عادة إلى محكمة الاستئناف الخاصة بتلك المحكمة

، وفى حالات نادرة تستأنف القضية لدى المحكمة العليا مباشرة ، و يوجد اثنتا عشرة دائرة قضائية إحدى عشر منها لتغطية التقسيمات الجغرافية للولايات المتحدة والأخيرة خاصة بمقاطعة كولومبيا وحدها. وهذه الدوائر هى محاكم الاستئناف المتوسطة فى النظام القضائى الفيدرالى ونادرا ما تراجع أحكامها من قبل المحكمة العليا، ومن ثم فإن تلك المحاكم تعتبر محاكم عليا ومرجعا أخيرا لكثير من القضايا الفيدرالية .

وتراجع تلك المحاكم إضافة للاختصاص المنصوص عليه سلفا قرارات بعض الهيئات الإدارية الفيدرالية مثل مجلس العلاقات العمالية الوطنى، وعادة ما تشكل محاكم الاستئناف من ثلاثة قضاة .

وأخيرا توجد على القمة المحكمة العليا والتى استقر تشكيلها منذ عام ١٨٦٩ على تسعة قضاة .[67]

وبموجب الدستور فإن للمحكمة العليا اختصاص أصلى فى بعض أنواع من القضايا إضافة للقضاء الاستئنافى الذى يترك تحديده للكونجرس.

وبمعنى آخر فإن هناك قضايا تجبر المحكمة على نظرها وهناك قضايا يكون لها حق الاختيار بصددها، والقضايا التى تلزم المحكمة بنظرها مستمدة من نص الدستور الأمريكى فى المادة الثالثة فى فقرتها الثانية[68]، وينقسم القضاء الإلزامى إلى قضاء إلزامى أصلى « ابتدائى » وذلك كما هو الحال بالنسبة للنزاع بين الولايات ، وليس من المستحيل حدوث ذلك فقد حدث بين الولايات الغربية حول حقوق المياه، وقضاء إلزامى غير أصلى كما هو الحال بالنسبة لسلطتها بالنسبة للقضايا المستأنفة أمامها.

وبالنسبة للقضاء الأصلى فإن المحكمة تنظر القضية مباشرة دون أن تنظرها محكمة أدنى لذلك فإنه إذا كان هناك خلاف حول الوقائع فى قضية من هذا النوع فإنه يعين لها قاض لتولى تحقيقها ويكتب فى النهاية تقريرا بما يرى القضاء به.

وبالنسبة للقضاء الإلزامى الاستئنافى فإن قضاياه تأخذ وقتا كبيرا من المحكمة إذا كانت ستقضى فيها جميعها بمعاملة تامة ، ولكن القضاة يعتبرون العديد منها مضيعة للوقت ، لذا فإن المحكمة تستخدم طريقة المعاملة المختصرة – التى سنوضحها بالمبحث المقبل – لتتخلص منها فى وقت سريع ودون إخلال بمتطلبات الإلزام.

والأشخاص الذين يستأنفون الأحكام أمام المحكمة العليا عليهم أن يوضحوا لماذا تستأهل قضيتهم النظر من المحكمة ويمكن لخصومهم أن يطلبوا رفض الاستئناف وفق أسس كثيرة منها وجود عيوب إجرائية أو عدم علاقة القانون الفيدرالى بالقضية ، وقد يطلب هؤلاء الخصوم تأكيد قرار المحكمة الأدنى باختصار، وحوالى ٧٠٪ من كل الاستئنافات المقدمة للمحكمة يقضى فيها إما بالرفض أو بالتأكيد المختصر لحكم المحكمة الأدنى .

هذا والقضاء الاختيارى للمحكمة العليا يستمد مما يسمى (certiorari) أى الإعلام القضائى وهو عبارة عن تظلم مسبب يقدمه صاحب الشأن للمحكمة العليا طالبا إصدار أمرها إلى المحكمة الأدنى لتسليم ملف القضية التى تخصه إليها لإعادة النظر فيها ، وإذا اقتنعت[69] المحكمة العليا بذلك فإنها تصدر أمرها للمحكمة الدنيا بتسليم ملف القضية .

كما يأتى القضاء الاختيارى للمحكمة مما يسمى (habeos Corpus) وهو عبارة عن تظلم من المحبوسين يقدم للمحكمة العليا ، والقصد منه حماية الأفراد من الحبس غير المشروع.

المبحث الثانى

الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت فى الأمر

المطلب الأول

تنوع قرارات المحكمة العليا فيما يصلها من قضايا

إن المحكمة العليا تكون بالخيار بين ثلاثة [70] أمور على النحو التالى :

١- قد ترفض النظر فى القضية وهذا هو الحادث فى الغالبية العظمى من القضايا فنجد أنه فى دورة المحكمة سنة ١٩٨٢ قضى فى حوالى ٩٣٪ من القضايا بالرفض.

٢- قد تقبل المحكمة أن تعطى للقضية معاملة تامة وهى ما يطلق عليه (full treatment) بما يعنى الاستماع إلى المناقشات الشفوية فى القضية وإعطاها حكماً مسبباً بآراء كاملة للقضاة.

٣- قد تلجأ المحكمة إلى قبول القضية ولكن لا تعطيها معاملة تامة كما فى الحالة الثانية فتحكم فى القضية بدون مجادلات شفوية وتصدر فى هذه القضية قرارا لا يعتبر حكما فى حقيقته إذ هو عبارة عن رأى عن طريق المحكمة (per curiam) ولا يوقع من القضاة.

والتفرقة بين الحالتين الثانية والثالثة شديدة الأهمية إذ تقرر المحكمة فى القضية بالطريقة الثالثة وهى طريقة المعاملة غير التامة فى حوالى ثلث أو نصف القضايا التى تقبل البت فيها، وتلجأ المحكمة لهذه الطريقة لعدة أسباب قد يكون منها أن أعضاء المحكمة قد يشعرون برغبتهم فى التقرير فى مسألة صغرى حول قانون الضرائب انقسمت بصددها المحاكم ولكن المرافعة الشفوية والرأى الكامل قد يبدو غير ضرورى ، وقد تكون هناك بعض القضايا والتى تثير مسائل قانونية سبق للمحكمة البت فيها بمعاملة كاملة فمن ثم ترى المحكمة أنه من الأنسب البت فيها بطريقة مختصرة، والمحكمة عندما تقبل القضية بمعاملة مختصرة قد لا تكون دائما مجمعة على ذلك، فنجد أن القاضى ستيفنز قاد كلا من القاضيين برين ومارشال للاحتجاج على كثرة استخدام هذه الطريقة وذلك لإلغاء الأحكام المتحررة التى قضت بها المحاكم الدنيا رغم أن بعض هذه القضايا كان يستأهل قرارا بالمعاملة التامة نظرا لأهميتها أو لتعقدها بما يسلتزم المراجعة الشفوية لاستيضاح الأمور ، كما أن بعض القضايا من هذه النوعية كانت من التفاهة بحيث كانت تستأهل الرفض.

هذا وقد لاحظ القاضى ستيفنز أن المحكمة استخدمت فكرة القرارات المختصرة فى تسع عشرة قضية جنائية كانت تتناول مسائل متعلقة بالحقوق الدستورية وقد ألغت المحكمة العليا فى هذه

القضايا أحكام المحاكم الدنيا والتى كانت لصالح المتهمين . وأكد ستيفنز أن ذلك لا يتفق مع الدور الأساسى للمحكمة كحامية للمواطنين وأن المحكمة بفعلتها هذه تشبه حارس السجن أو وكيل النيابة وهو ما لا يجب أن تكون عليه.

ويلاحظ من الناحية القانونية أن رفض المحكمة إصدار أوامر الإحضار للأشخاص المحبوسين لمراجعة أسباب حبسهم أو للقضية ليس له أى قيمة كسابقة، بينما نجد أن حكم المحكمة بالرفض أو التأييد المختصر للاستئنافات له بعض القيمة كسابقة، مع ملاحظة أن الحكم الأخير وإن اعتبر قانونا ومن الناحية الفنية قرارا بجدارة القضية للنظر إلا أنه فى حقيقته ومن الناحية العملية يمثل رفضا لسماع القضية وليس معاملة غير تامة لها.

المطلب الثانى

إجراءات البت فى مدى قبول القضية

بداءة كانت القضايا المطلوب نظرها من المحكمة العليا قليلة العدد فكانت تنظر كل قضية على حدة لكن مع ازدياد حجم القضايا أدخل رئيس القضاة هيوز طريقة مؤداها عمل كشف خاص بالقضايا التى لا تستأهل النظر، والذى يعد هذا الكشف هم مساعدو رئيس القضاة ويوافق عليه رئيس القضاة وإذا لم يعترض قاض على ذلك الكشف فإن تلك القضايا تعتبر مرفوضة.

وخلال السبعينات انعكس الوضع فأصبح هناك قائمة بالقضايا التى تستأهل المناقشة وغيرها من القضايا تعتبر قد رفضت تلقائيًا ما لم يطلب قاض آخر إضافة قضية ما إلى كشف المناقشة . وعادة ما يلجأ القضاة المختلفون مع رئيس القضاة وبمساعدة مساعديهم (clerks) إلى فحص القضايا التى أسقطت من كشف المناقشة وقد يقومون بالاعتراض على بعضها وعندئذ توضع فى الكشف وقد يحدث ويوافق على نظرها.

وفى مؤتمر القضاة يتم التصويت على تلك القضايا الموضوعة فى الكشف، ويقدم رئيس القضاة فى كل قضية ملخصًا لها ثم يبدأ القضاة الآخرون فى الكلام حسب الأقدمية، وإذا ظهر أن اتجاهات القضاة غير واضحة يتم التصويت على قبول القضية فإذا حصلت على أربعة أصوات تم قبولها وإن لم تحصل يمكن للقضاة الذين يؤيدونها أن يطلبوا إعادة التصويت عليها فى المؤتمر القادم.

هذا ويلاحظ أن المناقشة الموجزة لا تغير من وجهة النظر عادة لكن القاضى برينن[71] ذكر أنه يمكن لقاض أن يقنع ثلاثة من زملائه بقبول القضية، ويعد شائعا أن يقرض قاض صوته لثلاثة من زملائه لديهم الرغبة فى الاستماع للقضية . وعلى ذلك يمكن القول إن القرار بوضع القضية على كشف المناقشة يضمن أن توضع فى الاعتبار لكنه لا يضمن قبولها.

وعندما يقرر المؤتمر قبول قضية فهو يقرر ما إذا كانت ستأخذ معاملة تامة أو غير تامة .

وعندما يقرر المؤتمر منح القضية معاملة غير تامة فيمكن أن يتم الفصل فيها فى نفس المؤتمر .

وبالنسبة للقضايا الأخرى فإن قرار قبول القضية أو رفض قبولها يعلن بصورة مختصرة فى مذكرة ، وعادة ما لا تعلن أراء كل قاض بصفة شخصية، ولكن زاد نسبيا فى الفترة الأخيرة تسجيل القاضى لرأيه الشخصى المحتج على رفض قبول قضية ما . هذا ويمثل القاضيان برينن ومارشال

المثال الصارخ لذلك وخاصة بالنسبة للقضايا الخاصة بعقوبة الإعدام حيث عبرا عن ضرورة إلغاء هذه العقوبة لعدم دستوريتها. وقد يحدث أن يكتب قاض رأيه المؤيد لإنكار إصدار أمر إحضار لقضية ما (certiorari) وذلك مقابلة للرأى المحتج . ومن النادر جداً أن يكتب رأياً لتأييد قرار قبول قضية ما[72] .

الفصل الرابع

شروط قبول الدعوى الدستورية فى مصر

تقسيم :

بادئ ذى بدء فإن ولاية محكمة الموضوع تنحصر بالضرورة فى المسائل التى ناطها المشرع بها ولا تمتد إلى ما يدخل - بنص الدستور أو القانون - فى ولاية جهة أخرى وإلا كان ذلك عدوانا عليها، وليس من بين المهام التى اختص المشرع بها محكمة الموضوع الفصل فى توافر الشروط التى تطلبها قانون المحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى الدستورية بها وفقا للأوضاع المقررة أمامها، ذلك أن هذه الأوضاع التى يتصل تطبيقها بالنظام العام إنما تتناول التنظيم الإجرائى للخصومة التى تطرح عليها و هى بذلك ترتبط بشرائط قبولها ومن بينها المصلحة للفصل فى الطلب الموضوعى المرتبط بها ، ولا كذلك تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية ، المثار أمامها، إذ لا تتعلق هذه الجدية بالشروط التى يتطلبها المشرع لانعقاد الخصومة ولكنها تتصل بالدلائل التى تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعى المطعون عليه للدستور، وهى شبهة يتعين أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها، كذلك فإن قضاء محكمة الموضوع وقف الدعوى الموضوعية بعد الترخيص لمن أثار الدفع أمامها برفع دعواه الدستورية، لا يعد فصلا فى شرائط قبولها [73] .

وهكذا نستخلص مما سلف أنه رغم أن لمحكمة الموضوع وحدها تقرير جدية الدفع أو الإحالة إلا أن المحكمة الدستورية العليا تنفرد بالتحقق من شروط انعقاد الخصومة أى من توافر شروط قبول الدعاوى المطروحة عليها - بما يعنى عمليا إمكان مراجعة محكمة الموضوع فى تقديرها لجدية الدفع .

وليس لجهة غيرها أن تنازعها هذا الاختصاص أو أن تحل محلها فيه [74]. ويشترط بداءة لقبول الدعوى الدستورية أن تكون المحكمة مختصة بها أساسا إذ الاختصاص شرط تمهيدى مبدئى للتغول فى شروط القبول .

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا لهذا الفصل مقسمة على النحو التالى:

المبحث الأول : اختصاص المحكمة أصلا بنظر الدعوى .

المبحث الثانى : شرط المصلحة .

المبحث الثالث : تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية أو وجود قرار إحالة منها .

المبحث الرابع : رفع الدعوى بطريقة الدفع فى الميعاد من صاحب الصفة

المبحث الخامس : شروط التدخل فى الدعوى الدستورية .

المبحث السادس : التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا من شروط قبول الدعوى الدستورية.

المبحث الأول

اختصاص المحكمة أصلا بنظر الدعوى

البحث فى الاختصاص لا بد أن يسبق البحث فى شروط قبول الدعوى بمعنى أنه لا تنظر المحكمة فى شروط قبو ل الدعوى الدستورية قبل توافر شرط مبدئى هو اختصاصها ولائيا بها ، حيث إن البت فى اختصاص المحكمة الدستورية ولائيا بنظر دعوى بذاتها سابق بالضرورة على الخوض فى شرائط قبولها أو الفصل فى موضوعها ، وتواجهه المحكمة من تلقاء نفسها ، إذ لا يتصور أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فى توافر شروط اتصال الخصومة القضائية بها وفقا للأوضا ع المنصوص عليها فى قانونها ، قبل أن تتحقق من أن النزا ع موضوعها يدخل ابتداء فى ولايتها . كذلك فإن قضاءها باختصاصها بنظر خصومة بذاتها ، لا يحول بينها والفصل فى الشرائط التى يتطلبها المشرع لقبولها والتى يعد توافرها مدخلا للفصل فى موضوعها[75] .

ويحدث أن تجد المحكمة الدستورية العليا أنها غير مختصة بالدعوى وفى ذات الوقت لا تتوافر فيها شروط القبول فتتعرض فى أسبابها لكلا الأمرين إلا إنها فى المنطوق تنتهى بطبيعة الحال - إلى عدم الاختصاص ، وكنا نفضل ألا تتعرض المحكمة فى أسبابها لشروط قبول الدعوى طالما أنها غير مختصة بها إلا أن المبرر[76] لهذا الأمر هو الدور التربوى والتعليمى الذى تحرص عليه المحكمة فى أحكامها، وقضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم الاختصاص لا يجوز أن يقترن بإحالتها هذا الطلب إلى جهة الاختصاص للفصل فيه عملا بنص المادة (١١٠) مرافعات .

المبحث الثانى

شـرط المصلحـة

لا تقبل الدعوى الدستورية مالم يتوفر شرط المصلحة.

ويشترط فى المصلحة أن تكون شخصية مباشرة بأن يكون النص المطعون فيه بتطبيقه على الخصم قد ألحق به ضررا مباشرا ومن ثم لابد أن يتوافر شرطان لتحققها:

أولهما : أن يقيم المدعى الدليل على أن ضررا واقعيا مباشرا ممكنًا إدراكه قد لحق به ، ولا تكفى المصلحة النظرية .

وثانيهما: أن يكون مرد الأمر فى هذا الضرر إلى النص التشريعى المطعون فيه، فإذا لم يكن المدعى من المخاطبين به، أو كان قد أفاد من مزاياه ، أو لم يكن قد طبق عليه أصلا، أو كان الإخلال المدعى به لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية.

وهكذا فإن الشرط الأول يشترط أن يكون الضرر الذى أقام المدعى دليله ضررا مباشرا مستقلا بعناصره ممكنا إدراكه بالترضية القضائية، ومن ثم لا يجوز أن تكون المصلحة فى الدعوى نظرية بأن تهدف تقرير حكم الدستور مجردا فى موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية، أو دفاعا عن قيم مثالية يرجى تثبيتها أو كنوع من التعبير فى الفراغ عن وجهة نظر شخصية ، أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون فى مواجهة صور من الإخلال بمضمونه لا صلة للطاعن بها، أو لإرساء مفهوم معين فى شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالطاعن.

والشرط الثانى يلزم بوجود علاقة سببية وهى تحتم أن يكون الضرر الثابت بالشرط الأول ناشئا عن النص التشريعى المطعون عليه[77] .

ومثال تخلف الشرط الثانى « علاقة السببية » حالة الطعن على نص تشريعى سبق القضاء بعدم دستوريته إذ لا يتصور أن يوجد ويستمر ضرر ما أيما كان شكله عن نص تشريعى قضى بعدم دستوريته، لما لحكم المحكمة الدستورية العليا من إلزام للكافة بحيث يمتنع على أية جهة تطبيقه، ومن الأمثلة العملية لانتفاء المصلحة لأن مركز المدعى فى الدعوى الدستورية لن يتغير حتى بعد الفصل لصالحه فى الدعوى الدستورية حالة زوجة كانت قد أقامت دعوى تطليق ضد زوجها استنادا « للضرر وسوء العشرة ، ولزواجه عليها بأخرى » عملا بالمادتين ٦، ١١مكررا ٢ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فدفع الزوج بعدم دستورية المادة الأخيرة لمخالفتها للمادة الثانية من الدستور وقد أجابته محكمة الموضوع لطلبه، وبعد أن رفع الزوج دعواه بعدم الدستورية تنازلت الزوجة عن طلبها بالتطليق استنادا إلى المادة ١١ مكررا ٢ واكتفت بطلب الطلاق استنادا للمادة (٦) فقط « الضرر وسوء العشرة »، وبالطبع فإن قصد الزوجة واضح من تعديل طلباتها وتنازلها عن التمسك بأحكام المادة ١١ مكررا ٢ سالفة الذكر، إذ تظهر رغبتها الواضحة فى سرعة الفصل فى دعواها، وأيما كان غرضها، فإنه ولما كانت المادة المطعون على دستوريتها لم تعد سندا لادعاء الزوجة بالتطليق ، فإن ذلك مؤداه قول واحد، هو أن إبطال النص التشريعى المطعون عليه فى الدعوى الدستورية التى أقامها الزوج ، لن يعود بأية فائدة عملية عليه يمكن أن يتغير بها مركزه بعد الفصل فى هذه الدعوى.

ويصلح هذا المثال ذاته للتعبير عن فكرة ضرورة استمرار المصلحة حتى الفصل فى الدعوى الدستورية، فوقت رفع الدعوى كانت توجد مصلحة مؤكدة للزوج وبعد نظرها وتنازل الزوجة فى الدعوى الموضوعية عن التمسك بالمادة المطعون على دستوريتها تحولت منذ ذلك التاريخ مصلحة الزوج العملية إلى مصلحة نظرية أكاديمية تهدف إلى التعبير فى الفراغ عن وجهة نظر شخصية[78]. وبمعنى آخر فإن النص التشريعى المطعون عليه لم يعد له صلة بالنزاع الموضوعى. وتنتفى المصلحة فى حالة رفع أو إحالة الدعوى الدستورية رغم وجود قضاء من المحكمة الدستورية حول ذات النص المطعون عليه سواء بدستوريته أو بعدمها وكذلك إذا كان مبنى الطعن عيبًا شكليًا رغم وجود قضاء

موضوعي حول مادة ما من مواد القانون المطعون عليه.

ويستوى أن يحدث ماسلف قبل رفع أو إحالة الدعوى أو بعدها إذ فى الحالتين تنتفى المصلحة، والأثر الوحيد الذى يترتب على ما إذا كانت الدعوى قد رفعت أو أحيلت منتفية المصلحة أم حدث ذلك والمصلحة متوافره ثم انتفت بعد ذلك إنما مرده إلى منطوق الحكم الذى تنتهى إليه المحكمة، الأمر الذى نبينه تفصيلا على النحو التالى :

١ – إذا كانت الدعوى محالة وانتفت المصلحة فيها قبل ورود الدعوى لقلم الكتاب فإن المحكمة تنتهى إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ومثال ذلك الدعوى رقم ٥١ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ [79]، حيث كانت تلك الدعوى محالة من محكمة دمنهور الجزئية ووردت إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية بتاريخ ١٩٩٥/٨/٢٠ وكان مبنى الطعن عواراً شكلياً خاصاً بقانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، ووجدت المحكمة أن هناك قضاء موضوعيا منها بعدم دستورية مادتين منه بجلسة ١٩٨٩/٤/١٥.

٢ – إذا كانت الدعوى محالة وانتفت المصلحة بعد ورود الدعوى لقلم كتاب المحكمة الدستورية فإن المحكمة تنتهى حينئذ إلى الحكم باعتبار الخصومة منتهية.

٣ – إذا كانت الدعوى مرفوعة بطريقة الدفع وكانت المصلحة منتفية وقت رفع الدعوى فإن المحكمة تنتهى إلى الحكم بعدم قبول الدعوى وبمصادرة الكفالة وإلزام المدعى المصروفات، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة فى الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/٩/١ والتى كانت تتعلق بطعن على مادتين من قانون الزراعة يوجد قضاء من المحكمة الدستورية العليا حول إحداها موضوعيا سابق على رفع الدعوى ، ولم تتأثر المحكمة بأن المادة الأخرى القضاء فيها لاحق على رفع الدعوى.

٤ – إذا كانت الدعوى مرفوعة بطريقة الدفع وانتفت المصلحة بعد رفعها فهنا تنتهى المحكمة إلى الحكم باعتبار الخصومة منتهية، ومثال ذلك الحكم الصادر من المحكمة فى الدعوى رقم ١١٠ لسنة ١٨ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٧/٩/١١[80].

ومما يفسر موقف المحكمة الآنف التزامها بنص المادة (٥٣) من قانونها والتى تنص على أنه « ويجب على المدعى أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم صحيفة هذه الدعوى كفالة مقدارها خمسة وعشرون جنيها.... وتقضى المحكمة بمصادرة الكفالة فى حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها » ، وهكذا فإنه إذا كانت الدعوى محالة فلا كفالة ولا إلزام بالمصروفات[81] .

هذا وتطبق المحكمة ذات القواعد المذكورة حال إلغاء النص الإجرائى المطعون عليه بحسبان أن قوانين المرافعات تسرى بأثر مباشر على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات[82].

وتتوافر المصلحة رغم إلغاء النص التشريعي الموضوعى المطعون عليه بالنظر لأن إلغاء نص لا يسقط آثاره المترتبة خلال فترة نفاذه، ومن ثم تتوافر المصلحة الشخصية فى الطعن على النص بالنسبة لمن ترتب فى حقه آثاره[83] .

ويلاحظ أنه قد لا ينص صراحة على إلغاء النص بأثر رجعي ورغم ذلك لا تترتب أية آثار له فى حق الغير خلال فترة نفاذه ومن ثم تنتفى المصلحة.

ويتصور حدوث ذلك فى حالتين أولهما بالنسبة للقوانين الجزائية حال إلغائها بالعدول عن تأثيم الواقعة إذ إنه ولئن نص الدستور فى المادتين ٦٦و١٨٧ منه على قاعدة عدم رجعية القوانين العقابية إلا أن هذه القاعدة تكملها وتقوم إلى جانبها قاعدة أخرى هى قاعدة القانون الأصلح، ومؤدى قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم سريانها بأثر رجعى ومنذ صدورها على الجريمة التى ارتكبها المتهم من قبل وذلك لانتفاء الفائدة الاجتماعية التى كان يرجى بلوغها من وراء تقرير العقوبة، وإن كان الدستور لا يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم إلا أن القاعدة التى يرتكز عليها هذا المبدأ تفرضها المادة (٤١) من الدستور التى تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعى، وأنها مصونة لا تمس.

هذا وتشترط قاعدة الرجعية المذكورة ألا يكون التأثيم مقيدا بفترة زمنية.

ومفاد كل ما تقدم أنه حالة إلغاء التأثيم غير الموقوت زمنيا فإن ذلك مؤداه رجعية هذا الإلغاء ، ومن ثم انتفاء شرط المصلحة [84] .

والحالة الثانية تتمثل فى القوانين المنظمة لإجراءات التقاضى فهى تسرى بأثر فورى على مالم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها إعمالا لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات [85]على نحو ما ذكرناه.

وزمام إعمال شرط المصلحة الشخصية المباشرة بيد المحكمة الدستورية العليا وحدها، وإليها دون غيرها يعود أمر التحقق من توافره، ليس لجهة أخرى أن تفرض عليها مفهوما معينا لمضمون هذه المصلحة بعنصريها سالفى الذكر.

والمصلحة بعنصريها شرط مندمج فى قانون المحكمة الدستورية العليا بما نص عليه فى مادته الثامنة والعشرين من أنه «فيما عدا ما نص عليه فى هذا الفصل تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التى تقدم إلى المحكمة ، الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة ، والأوضاع المقررة أمامها » متى كان ذلك ، وكان نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية مؤداه ألا تقبل أية دعوى لا يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون أو مصلحة محتملة بالشروط التى بينها. فمن ثم فإنه لا يجوز والحال كذلك الادعاء بأن شرط المصلحة غير لازم فى الدعوى الدستورية[86].

ولا يجوز القول بأن لكل مواطن مصلحة مفترضة فى إهدار النصوص التشريعية المخالفة للدستور، إذ ذلك انتقال بالرقابة القضائية على الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، تتساوى بها هذه الدعوى مع دعوى الحسبة، وهذا ما لا يشمله كأصل عام التنظيم المقارن، فالحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة فى ذاتها ولا يتصور أن تعمل فى فراغ، وأيا كان دورها أو وزنها أو أهميتها فى بناء النظام القانونى للدولة ودعم حرياته المنظمة ، فإن تقريرها تغيا دوما توفير الحماية التى تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها يستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق من طبيعة موضوعية أو إجرائية.

ويؤكد استبعاد الدعوى الأصلية بعدم الدستورية[87] أن شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية لازال قائما ومتطلبا لقبولها.

المبحث الثالث

تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية

أو وجود قرار إحالة منها

جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ولايته فى الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا إذا اتصلت المحكمة بالدعوى اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة فى المادة ٢٩ من قانونها ، وهذه الأوضاع الإجرائية سواء ما تعلق منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو ميعاد رفعها تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلا جوهريا فى التقاضى تغيا به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعى فى المسائل الدستورية . ويتفرع على ذلك ضرورة تصريح محكمة الموضوع للمدعى برفع دعواه الدستورية.

فإذا كان المدعى قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية فأجلت المحكمة نظر الدعوى لجلسة ما، وبتلك الجلسة طلب المدعى وقف نظرها بعد أن تقدم بحافظة مستندات طويت على شهادة رسمية صادرة من المحكمة الدستورية العليا تفيد إقامته للدعوى الدستورية ، فلم تجبه محكمة الموضوع إلى طلبه وقررت تأجيل الدعوى المنظورة أمامها لجلسة محددة ، ثم أتبعتها بعدة تأجيلات إلى أن استبعدتها من الرول، فإن مفاد ذلك أن الدفع بعدم الدستورية لا يعتبر فى تقدير محكمة الموضوع جديا وأنها رفضته، ومن ثم لم تصرح برفع الدعوى الدستورية، الأمر الذى يفضى لوجوب الحكم بعدم قبولها[88].

وهكذا يبين أن المحكمة الدستورية العليا قد استخلصت من ظروف الحال أنه لا يوجد تصريح ما برفع الدعوى الدستورية من قبل محكمة الموضوع.

ويتعين أيضا لقبول الدعوى أن تتضمن صحيفتها أو قرار الإحالة ما استلزمته المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا ببيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وقد قصد المشرع بذلك بيان ماهية المسألة الدستورية التى يعرض على المحكمة الدستورية العليا أمر الفصل فيها ونطاقها، بما ينفى التجهيل بها كى يحيط كل ذى شأن ومن بينهم الحكومة التى يتعين إعلانها بقرار الإحالة أو بصحيفة الدعوى إعمالا لنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة - بجوانبها المختلفة - وليتاح لهم جميعا - على ضوء تعريفهم بأبعاد المسألة الدستورية المطروحة عليهم - إبداء ملاحظاتهم وردودهم وتعقيباتهم فى المواعيد التى حددتها المادة ٣٧ من القانون ذاته، بحيث تتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - تحضير الموضوع المعروض عليها، وإعداد تقرير يشتمل على زواياه المختلفة.

هذا وما توخته المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا - على النحو المتقدم - يعتبر متحققا كلما تضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى مايعين على تحديد المسألة الدستورية ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، فيكفى أن تكون المسألة الدستورية التى يراد الفصل فيها قابلة للتعيين[89].

وهكذا فإنه يمكن القول إنه فى حالة عدم تحديد المسألة الدستورية صراحة من حيث النص التشريعى المطعون عليه والنص الدستورى المدعى انتهاكه فإن المحكمة تلجأ حينئذ إلى الطريق غير

المباشر استخلاصا من الوقائع التى يتضمنها قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ، فإذا عزَّ عليها فهم المسألة الدستورية حينئذ تضطر إلى القضاء بعدم القبول. وقضت المحكمة الدستورية بأن :

خلو صحيفة الدعوى الدستورية من بيان النص التشريعى المطعون فيه والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة والاكتفاء بالإحالة إلى أسباب وردت فى عريضة دعوى أخرى لم ترفق صورة منها بالدعوى يؤدى الى عدم القبول .

وهكذا يبدو أن المحكمة الدستورية كانت ستقبل الدعوى الآنفة لو كانت الدعوى الاخرى التى اشتملت على أسباب الطعن مرفقة بالدعوى الدستورية محل النظر بحسبان أنها حينئذ ستعتبرها جزءا لا يتجزأ من صحيفة الدعوى الدستورية المرفوعة أمامها[90].

هذا وتعتد المحكمة بالمعانى وليس بالألفاظ والمبانى وهو تخفف مقبول منها[91].

– ولما كان لايجوز اللجوء إلى قواعد المرافعات، إلا فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون المحكمة الدستورية العليا، وبشرط ألا يتعارض إعمالها وطبيعة اختصاصها والأوضاع المقررة أمامها، لذا قضت المحكمة بأن «الدعوى المحالة إليها من إحدى المحاكم بعد صدور قضاء منها بعدم اختصاصها ولائيا بنظرها استنادا إلى المادة ١١٠مرافعات لا تكون قد اتصلت بها اتصالا مطابقا لهذه الأوضاع[92].

وإذا حدث وتنازل المدعى أمام محكمة الموضوع عن دفعه بعدم الدستورية – بعد رفع الدعوى الدستورية التى صرحت له محكمة الموضوع بإقامتها– فإن مؤدى ذلك سقوط هذا الدفع وإهدار كافة الآثار المترتبة عليه ومن ثم عدم قبول الدعوى [93]. ونرى أن المعيار الفنى كان يقتضى اعتبار الخصومة منتهية، إلا أن المحكمة تلجأ للحكم حينئذ بعدم القبول لتتمكن من مصادرة الكفالة والإلزام بالمصاريف جزاء لهذا المدعى المتردد والذى أضاع وقت المحكمة.

المبحث الرابع

رفع الدعوى بطريقة الدفع فى الميعاد من صاحب الصفة

لما كنا قد تناولنا سلفا ميعاد رفع دعوى الدستورية حال قبول الدفع فى موضع آخر من هذه الرسالة فإننا نحيل إليه منعا من التكرار[94].

وسوف نركز هنا على شرط الصفة .

وتثبت الصفة فى الدعوى الدستورية للخصم فى الدعوى الموضوعية ، والخصوم فى الدعوى الموضوعية يتنوعون بحسب طبيعة الدعوى وما إذا كانت مدنية أم إدارية أم جنائية وقد يكونون أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

ولما كانت المادة (٨٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تقرر أن للنيابة العامة رفع الدعوى فى

الحالات التى ينص عليها ويكون لها فى هذه الحالات ما للخصوم من حقوق فمن ثم فإنها تكون خصما فى هذه الحالات، ومثال ذلك حقها فى رفع دعاوى الإفلاس[95] وهى هنا لها صفة المدعى، إلا أنه يتصور أن تكون النيابة مدعى عليها وليست مدعيا وذلك حالة رفع الدعوى طعنا على قراراتها الإدارية، ذلك أن النيابة العامة بصفتها أمينة على الدعوى العمومية تعد تصرفاتها من الأعمال القضائية ، وهى بهذا الوصف تخرج عن دائرة رقابة المشروعية التى يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى[96]، إلا أن هناك جانبا آخر من تصرفات النيابة العامة يخرج بطبيعته عن نطاق دائرة الأعمال القضائية، وهذا النوع الثانى يخضع لرقابة المشروعية متى توافرت فيها مقومات القرار الإدارى بالمعنى الاصطلاحى ، ومثال ذلك إصدار النيابة العامة قرارا فى منازعات الحيازة التى لا يرقى فيها الأمر إلى حد الجريمة المؤثمة بالمادتين ٣٦٩و٣٧٠ عقوبات[97].

وفى الدعاوى الجنائية تعد النيابة خصما مدعيا بحسبانها هى التى ترفعها ويعد كل من المتهم والمجنى عليه خصوما أيضا فيها، ولا يتغير الوضع حال تحريك الدعوى بطريق الادعاء المدنى فهنا وإن لم تبدأ النيابة الدعوى إلا أنها تباشرها مثل غيرها وتتابع السير فيها حتى يفصل فى شأنها بحكم نهائى .

ويعد المدعى المدنى خصما ، كما تعد الجهة الآذنة أو الطالبة خصما، بالنسبة للجرائم التى يتوقف تحريكها على إذن أو طلب.

ويعد المدعى الاشتراكى من الخصوم بالنسبة للدعوى أمام محاكم القيم، وكذا النيابة العسكرية المشكلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالأحكام العسكرية .

ويرى رأى فى[98] الفقه أن هيئة مفوضى الدولة بمجلس الدولة تكون طرفا فى الخصومة – وإن كانت لا تعد طرفا ذا مصلحة شخصية – نظرا لأن القانون أناط بها حق الطعن فى أحكام محاكم مجلس الدولة أمام المحكمة الإدارية العليا[99].

ونحن من جانبنا نؤيد الرأى الآنف مع الاستدراك والإشارة إلى أن هيئة مفوضى الدولة وإن كانت تتولى تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة إلا أنها بعد إتمام مهمتها تودع رأيا مسببا طبقا لنص المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة، ومن ثم فهى إلى هذا الحد لا تعد خصما حتى يمكنها الدفع بعدم الدستورية وإنما لها أن تبدى رأيا بعدم[100] الدستورية، وللمحكمة الحق فى أن تأخذه أو تطرحه، فإن أخذته فإن الأمر يمثل إحالة من محكمة الموضوع وإن طرحته، فيحق لرئيس هيئة المفوضين الطعن على الحكم وهنا تعد خصما من حقه الدفع بعدم الدستورية، وينطبق ذات الحكم علي كافة الطعون المقدمة من هيئة المفوضين.

هذا وليس غريبا أن تعد الجهات العامة كالنيابة وهيئة المفوضين مدعيا فى دعوى عدم الدستورية إذ يسمح قانون المحكمة الدستورية العليا بذلك، عندما ألزم فى المادة (٣٤) منه أن تكون صحف الدعاوى موقعة من عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل أو محام مقبول للمرافعة أمامها بحسب الأحوال، ومن المعروف أن هيئة قضايا الدولة وفقا لقانونها هى النائب القانونى عن الدولة بسلطاتها الثلاث . وطالما ورد النص عاما بهذا الشكل فمن ثم يستوعب الحالة محل الدراسة .

ولما كان المشرع فى المادة (٣٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص على أن « تعتبر

الحكومة من ذوى الشأن فى الدعاوى الدستورية » فإنه قد استهدف من ذلك تمكينها من أن تقول كلمتها فى الطعون الموجهة إلى التشريعات التى تكون قد أصدرتها أو شاركت فى وضعها ، ومن ثم فإنه لا يجوز لها الطعن بعدم دستورية التشريعات على أساس أنها تشارك فى وضعها وعليها الدفاع عن سلامتها، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدستور بين على وجه التحديد المقصود بالحكومة بما نص عليه فى المادة (١٥٣) من أن الحكومة هى الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة وتتكون من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم، ومن ثم استبعدت المحكمة الأزهر من الدخول فى مفهوم الحكومة[101].

وجريا وراء ذات المنطق تستبعد هيئة المفوضين بمجلس الدولة والنيابة العامة من مفهوم الحكومة ويجوز لأيهما الطعن على دستورية التشريعات.

ويجب أن ترفع الدعوى على من اختصموا أمام محكمة الموضوع وإلا عدت الدعوى الدستورية غير مقبولة بالنسبة لهؤلاء[102] .

ويجب أن يقدم المحامى الذى أودع صحيفة الدعوى سند وكالته حتى حجز الدعوى للنطق بالحكم وهو أمر لا يغنى عنه إرفاق صورة ضوئية من التوكيل بصحيفة الدعوى ، وإلا يكون المحامى الذى أودع صحيفة الدعوى قد نكل عن إثبات صفته مما يتعين معه عدم قبول الدعوى[103] .

ولا يغنى فى هذا الشأن إيداع المحامى توكيلا مقصورا على رفع بعض الدعاوى حتى الحصول على الأحكام النهائية الاستئنافية ، ودون أن يمتد إلى الطعن بعدم الدستورية[104].

المبحث الخامس

شروط التدخل فى الدعوى الدستورية

لما كانت المادة (١٢٦) من قانون المرافعات تنص على أنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

لذا رأى بعض الفقهاء إجازة قبول التدخل الاختصامى فى الدعوى الدستورية الذى يقصد به صاحب الشأن المطالبة بحق لنفسه فى مواجهة أطراف الدعوى[105]، بينما يرى آخرون بحق أن التدخل الذى يتصور حدوثه فى الدعوى الدستورية هو التدخل الانضمامى[106] وحده .

ويشترط لقبول التدخل الانضمامى أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة فى الانضمام لأحد الخصوم فى الدعوى . ومناط المصلحة فى الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الذى قبل تدخله فى الدعوى الموضوعية المثار فيها الدفع بعدم الدستورية، وأن يؤثر الحكم فى هذا الدفع على الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات.

وتطبيقا لهذا المبدأ أيضا ذهبت المحكمة الدستورية إلى أنه مادام أن محكمة الموضوع لم تقل كلمتها فى شأن التدخل فإن طالبه لم يصبح بعد طرفا فى الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، ومن ثم لم يثبت له تبعا لذلك صفة الخصم التى تسوغ اعتباره من ذوى الشأن فى

الدعوى الدستورية الذين تتوافر لهم المصلحة فى تأييدها أو دحضها، وبالتالى يكون طالب التدخل بهذه المثابة غير ذى مصلحة قائمة فى الدعوى الماثلة، ويتعين لذلك الحكم بعدم قبول تدخله[107]

وبالطبع إذا كانت محكمة الموضوع قد رفضت طلب التدخل صراحة فإن التدخل لا يكون مقبولا أمام المحكمة الدستورية العليا.

وإذا كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة لرفعها بعد انقضاء[108] الأجل أو من غير ذى[109] صفة فإنه يترتب على ذلك انقضاء طلب التدخل الانضمامى لتبعية طلب التدخل الانضمامى للخصومة الأصلية.

وإذا كانت القاعدة أنه يتعين إجابة المدعى إلى طلبه ترك الخصومه طالما وافق المدعى عليه على ذلك وفقا للضوابط التى تحددها المادتان ١٤١، ١٤٢ من قانون المرافعات، ولما كانت الخصومة فى طلب التدخل الانضمامى تابعة للخصومة الأصيلة فإن مفاد ذلك ولازمه أن ترك الخصومة فى الدعوى يستتبع انقضاء طلب التدخل الانضمامى[110].

وينطبق هذا المبدأ سواء كان الترك للدعوى الموضوعية أم للدعوى الدستورية.

المبحث السادس

التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا من شروط قبول الدعوى الدستورية

١ - يلاحظ على أحكام المحكمة أنها تستخدم اصطلاح الصفة لتشتمل على معنيين الحق فى الدعوى والتمثيل القانونى بمعنى قيام شخص بمباشرة إجراءات الدعوى نيابة عن شخص آخر ، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة فى أحد أحكامها من أن « البين من أوراق الدعوى أن المحامى الذى أودع صحيفتها لم يقدم سند وكالته عن المدعى حتى إقفال باب المرافعة فيها ، رغم كون ذلك لازما للتحقق من توافر الصفة والوقوف على نطاق هذه الوكالة ومن ثم يكون المحامى الذى أودع صحيفة هذه الدعوى قد نكل عن إثبات صفته فى إقامتها وانتهت لعدم قبولها[111]، ونرى وفقا للاتجاه الراجح فى فقه القانونين الخاص والإدارى أن الأمر يتعلق بصحة إجراءات الخصومة وليس بقبول الدعوى.

وهكذا يبين أن مفهوم الصفة فيه اختلاف عكس مفهوم المصلحة، إذ لا يثير هذا المفهوم الأخير خلافا بين الفقه والقضاء باعتباره الفائدة أو المنفعة التى تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته.

وإذا كانت الصفة هى المركز القانونى للمدعى الذى يسمح له أن يعرض على القاضى مسألة محددة استنادا إلى وسائل محددة هى الأخرى، كما يرى بعض الكتاب، أو كانت هى السند الذى يستطيع المدعى بمقتضاه أن يرفع دعواه أو يقدم طلبه أمام القضاء كما يرى البعض الآخر منهم، فإنها فى رأينا تعد عنصرا فى المصلحة ليس فقط فى دعوى الإلغاء أو الدعوى الدستورية وإنما فى

الدعاوى بوجه عام، ذلك أن القانون لايعتد بأى مصلحة وإنما يعتد بالمصلحة الجديرة بالحماية القانونية وهى التى تعطى لصاحبها صفة فى طلب الحماية القضائية وهذا ماعبر عنه الفقيه **Chapus** بأن المصلحة تعطى الصفة .

وإذا كانت المصلحة تغنى عن الصفة بالمعنى الذى يتصل بالحق فى الدعوى إذ حينئذ تندرج الصفة فى المصلحة وهو الأمر المستقر لدى المحكمة الدستورية العليا ، فإننا لا نوافقها على إدراج الصفه بمعنى التمثيل القانونى من ضمن شروط قبول الدعوى إذ هى من شروط صحة الخصومة[112].

وهكذا تكون الخصومة باطلة إذا لم ترفع الدعوى من الأصيل أو وكيله القانونى« الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن المفقود والغائب غيبة منقطعة»، وتكون باطلة أيضا إذا لم ترفع من الوكيل الاتفاقى .

وينطبق ذات الحكم المتعلق بالمدعى على المدعى عليه..

والأهلية[113] فى اعتقادنا هى الأخرى من شروط صحة الخصومة بمعنى أنها تكون باطلة إذا لم يتحقق فيها شرط الأهلية بالنسبة للمدعى أو المدعى عليه، وهكذا يجب أن يكون الدفع بعدم توافر الأهلية دفعا بالبطلان وليس بعدم القبول[114] .

ولا ينال ذلك من أن اتجاها فى الفقه وقضاء النقض يرون أن الأهلية من شروط قبول الدعوى .

ولأن رفع الدعوى من أعمال الإدارة فيتعين أن يتوافر فى المدعى والمدعى عليه أهلية الإدارة.

والفائدة العملية فى التفرقة بين عدم القبول وبطلان الخصومة تنحصر فيما يتعلق بمصادرة الكفالة إذ وفق قانون المحكمة الدستورية العليا (مادة ٥/٥٣) لا تصادر الكفالة إلا فى حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها.

٢ –اعتدت المحكمة العليا الدستورية بالمصلحة الأدبية لدى رافع الدعوى وهذا اتجاه محمود[115]. ولم تحن الفرصة للمحكمة الدستورية العليا لتوضيح موقفها فى هذا الشأن.

٣ – تستلزم المحكمة الدستورية قيام ارتباط بين الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية التى أثيرت المسألة الدستورية بمناسبتها بحيث إذا انفك هذا الارتباط قبل صدور الحكم تنتفى المصلحة حينئذ.

ومثال ذلك إذا قام المدعى بتعديل طلباته فى الدعوى الموضوعية تعديلا كاملا بحيث ينتهى الارتباط بينها وبين الدعوى الدستورية ويصبح الفصل فى المسألة الدستورية غير لازم لإمكان الفصل فى الدعوى الموضوعية، وينطبق ذات الحكم حال تنازل المدعى عن دعواه الموضوعية أو تركه لها، وكنا نتمنى أن تكتفى المحكمة الدستورية العليا بوجود الارتباط وقت رفع الدعوى دون اشتراط استمرار المصلحة فى الدعوى الموضوعية خاصة وأن نصوص قانون المحكمة الدستورية لا تمنع من ذلك صراحة، وفى هذا دعم لدور المحكمة فى رقابتها على التزام المشرع بحدود الدستور[116] ودرءاً لأى شبهة تواطؤ أو ضغط على المدعى الدستورى ليتنازل عن دعواه الموضوعية بما يمنع من صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية، إذا ظهر من واقع الحال أو من تقرير هيئة المفوضين أن هناك اتجاها للقضاء بعدم الدستورية .

ولا ينال من تحقيق هذه الأمنية سوى أن الرقابة ستتحول حينئذ الى رقابة فى الفراغ تقرر حكم الدستور فى غير موضوع معين.

هوامش الباب الثانى

(1) راجع أمثلة قضت فيها المحكمة العليا بعدم توافر شروط المصلحة وأخرى قضت فيها بتوافر هذا الشرط، رسالة د/ أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢١٣-٢٢٠.

(2) راجع في شرح متطلبات الادعاء بصورة أكثر تفصيلا، بالباب الرابع من هذه الرسالة ص٥٤١ ومابعدها حيث تم دراستها كعنصر من عناصر التقييد الذاتى.

(3) راجع:

Osborn v. Bank of the United States, 9 Wheaton 738 (1824).

(4) نص التعديل الحادى عشر والذى صدر سنة ١٧٩٨ على أنه «لن تفسر السلطة القضائية للولايات المتحدة على نحو يجعلها تتسع لأى دعوى خاصة بالقانون أو العدل بدئت أو رفعت ضد واحدة من الولايات المتحدة، بواسطة مواطنى ولاية أخرى أو بواسطة مواطنى أو رعايا أى دولة أجنبية.

(5) **Ex Parte Yong. 209 U.S. 123 (1908).**

(6) **Mississippi v. Johnson, 4 Wallace 475 (1867).**

(7) **Georgia v. Stanton, 6 Wallace 50(1868)**

(8) **Youngstown Sheet & Tube Co., v. Sawyer, 343 U.S.579 (1952).**

(9) راجع فى تفاصيل أكثر عن أوامر المنع ، رسالة د/كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

(10) راجع رسالة د. كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٢٧٣ - ٢٧٥.

(11) راجع استعراض القضية بكتاب

Gerald Gunther, Constitutional Law, Eleventh Edition, 1985. The Foundation Press, Inc. p. 1538.

(12) راجع

Aetna Life Insurance Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

(13) راجع القضية فى

Louis Fisher, Constitutional Structures, Op. cit. p. 109.

(14) يلاحظ أن هذا الوضع يقترب إلى حد ما من الوضع فى مصر والذى قررته المادة (٩٣) من الدستور والتى تقرر أنه " يختص المجلس بالفصل فى صحة عضوية أعضائه وتختص محكمة النقض بالتحقيق فى صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليها من رئيسه ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم المجلس به، ويجب الانتهاء من التحقيق خلال تسعين يوما من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض. وتعرض نتيجة التحقيق والرأى الدى انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل فى صحة الطعن خلال ستين يوما من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس».

هذا وقد جرت المحاكم المصرية على التعويض حال عدم إذعان المجلس لما تقرره محكمة النقض.

(15) فى ذلك راجع رسالة د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص٢٨٠، ٢٨١

(16) تنص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى :

أ - إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية.

ب- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

وتنص المادة (٢٧) من القانون المذكور على أنه :

يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.

(17) يلاحظ أن قانون المحكمة الدستورية العليا لا يخول حق الطعن فى النصوص التشريعية بالطريق المباشر ، فإذا طلب المدعى فى دعواه الموضوعية منع التعرض لأى مواطن بتشريعات ضريبة المبيعات ، متوخيا بذلك ألا تكون هذه التشريعات نافذة فى حق المخاطبين بها ، توقيا لتحميلهم بضريبة غير دستورية ، فإن دعواه هذه تنحل إلى نزاع يتناول هذه التشريعات ذاتها بقصد إيقافها ، وليس لها من صلة بحقوق موضوعية يدعيها وهو ما يفيد بالضرورة الطعن على هذه التشريعات بطريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية ، وهذه غير جائز قبولها. راجع الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، الجزء السادس ، ص ٢٧٧.

(18) د. رمزى الشاعر ، النظرية العامة ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣.

(19) الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٦ / جـ ٢/٥ ، ص ٢١٢.

(20) راجع الدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٥ حيث استنبطت المحكمة الدستورية العليا من وقائع الدفع عدم وجود تصريح من محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية .

(21) راجع د. عمرو بركات، مبادىء القانون الدستوري، ١٩٨٩ ، المرجع السابق ، ص ١٥٥.
(22) أكدت المحكمة الدستورية هذا المعنى لما قضت بأن الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل الدفوع الشكلية أو الموضوعية ، ويتعين مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحا لها على ما عداها، مؤدى ذلك جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى وأمام أية محكمة .
راجع الدعوى ٢٣ لسنة ١٤ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٢/١٢/ ج٦، ص١٧٤.
(23) راجع الدعوى رقم ١٠٢السنة ١٢ق « دستورية » جلسة ١٩ /١٩٩٣/٦، الجزء الخامس المجلد الثاني، ص٣٥٢ .
(24) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٨، الجزء الثاني ١٩٩٦(مطابع)، ص ٨٦
(25) راجع رسالة د/عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ٤٠٦.
(26) راجع في ذلك الدعوى رقم ١٥ لسنة ١١ق «دستورية» جلسة١٩٩٣/١٢/١٣والدعوى رقم ١٢السنة ١٨ ق « دستورية » جلسة ١٩٩٧/١٠/٤.
(27) راجع نص المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا .
(28) راجع حكم محكمة النقض المدني الصادر في ١٩٧٦/٦/١٧، مجموعة أحكام النقض المدني، س ٢٧، ق ٢١٦، ص ١٣٧٧.
(29) راجع د/صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية المرجع السابق ، ص١٩٩، ٢٠٠.
(30) تنص المادة (٥٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه :
– يفرض رسم ثابت مقداره خمسة وعشرون جنيها على الدعاوى الدستورية ويشمل الرسم المفروض جميع الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى شاملة إعلان الأوراق والأحكام .
ويجب على المدعى أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم صحيفة هذه الدعوى كفالة مقدارها خمسة وعشرون جنيها وتودع كفالة واحدة في حالة تعدد المدعين إذا رفعوا دعواهم بصحيفة واحدة.
وتقضي المحكمة بمصادرة الكفالة في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها– ومع مراعاة حكم المادة التالية لا يقبل قلم الكتاب صحيفة الدعوى إذا لم تكن مصحوبة بما يثبت هذا الإيداع.
وتنص المادة (٥٤) من القانون المشار إليه على أنه " يعفى من الرسم كله أو بعضه ومن الكفالة كلها أو بعضها من يثبت عجزه عن الدفع بشرط أن تكون الدعوى محتملة الكسب ويفصل رئيس هيئة المفوضين في طلبات الإعفاء وذلك بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب ويكون قراره في ذلك نهائيا.
ويترتب على تقديم طلب الإعفاء قطع الميعاد المحدد لرفع الدعوى الدستورية".
والحقيقة أن المرء يتعجب من النص على جواز الإعفاء الجزئي من الكفالة والرسم إذ إن المبلغ من القلة بحيث إما أن يكون المدعى فقيرا فيعفى منه كله أو غير فقير فلا يعفى .
(31) راجع د/ عمرو بركات ، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق ، ص ١٥٧.
(32) راجع اختصاص المحكمة الدستورية العليا للمستشار محمد نصر الدين كامل ، عالم الكتب، ١٩٨٩ ، ص ٢٨
(33) سبق للمحكمة الدستورية العليا أن قضت " بأن الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة إذا كانت قد أحيلت اليها بعد قضاء محكمة جنوب القاهرة بعدم اختصاصها ولائيا بنظرها استنادا إلى المادة ١١٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي توجب على المحكمة عند القضاء بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظرها . ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا قانون خاص يحكم الدعاوى والطلبات التي تدخل في ولاية هذه المحكمة ويحدد الإجراءات التي ترفع بها فلا يجوز اللجوء إلى قانون المرافعات وعلى ما تقضي به المادة (٢٩) من قانونها إلا فيما لم ينص عليه فيه وبشرط ألا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.
راجع الدعوى رقم ٤٠ لسنة ٧ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٧/١/٣ ، الجزء الرابع، ص ٩.
(34) د/ محمد صلاح عبد البديع سيد ، قضاء الدستورية في مصر ، المرجع السابق ، ص 74 .
(35) جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٣١ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ في شأن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي أنه "ونظرا لأهميتها خلع عليها صفة قضائية وحددت طريقة تشكيلها ليكفل لذوي الشأن من الضمانات ما يكفله لهم القضاء العادي في هذا النوع من المسائل فيتم بذلك التوفيق بين مصالح الأفـراد مـــن = = جهة ومصلحة الدولة في سرعة البت في مسائل ملكية الأراضي المستولى عليها .
وكذا نصت المذكرة الإيضاحية للقانون ٣٨١ لسنة ١٩٥٦ بتعديل المادة ١٣ مكررا من قانون الإصلاح الزراعي على أنه " ولذلك أنشئت لجنة قضائية روعي في تشكيلها أن تكفل لذوي الشأن من الضمانات ما تكفله لهم جهات القضاء ......
(36) الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣١ ق نقض جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٣ – المكتب الفني ١٦–١٣٣٣.
(37) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٧ لسنة ١ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٢/٧، الجزء الأول، ص١٦٠، و الدعوى رقم ٨ لسنة ١ ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٢/٧، الجزء الأول، ص ١٧٢.
(38) راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٨، المكتب الفني، ٢٦ ـ ٧٧٣
(39) راجع المحكمة العليا الدستورية ، الدعوى رقم ٤ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٩٧٦/٢/٧ ، الجزء الأول ، ص ٣٢٨.
(40) راجع المحكمة الإدارية العليا ، الدعوى رقم ٨٧٣ لسنة ١٩ ق ، جلسة ١٩٧٦/٦/٢٦، المكتب الفني ، ٢١ ، ص ٢٣١.
(41) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ق «دستورية» جلسة ١٩٨٢/٥/١٦، الجزء الثاني، ص٥٠
(42) راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ق دستورية ، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ ، المجلد الخامس الجزء الثاني ،البند ٧،٦ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ .
(43) راجع عرض مسهب للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي ، المستشار محمد نصرالدين كامل ، اختصاص المحكمة

الدستورية العليا ، ١٩٨٩ ، المرجع السابق ، ص ٦٤وما بعدها .

(44) راجع الشرح التفصيلي لمعيار التمييز من الهيئة القضائية واللجنة ذواتي الاختصاص القضائي المستشار /محمد نصر الدين كامل ، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ، المرجع السابق ص ٨٧- ٩٦.

(45) قضت محكمة القضاء الإداري بأن لجان القيد بجدول المحامين ولجان تأديبهم هي لجان إدارية رغم أن تشكيلها مقصور على كبار رجال القضاء والمحامين .
راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٩٢ لسنة ٢ق جلسة ١٩٥٠/١٢/٢٦-٥-٣٠٤ وراجع أيضا حكمها في الدعوى رقم ٥٠٥ لسنة ٢ق جلسة ١٩٤٩/٥/٢٦ المكتب الفني -٣- ٨٦٢ والذي قضت فيه بأن «لجنة الطعون في كشوف المرشحين للعمديه طبقا للقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ تعتبر لجنة إدارية رغم وجود عنصر قضائي في تشكيلها ورغم النص على أن قراراتها نهائية .

(46) قضت محكمة القضاء الإداري بأن المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ الذى أنشأ محكمة الغدر قصد إلى إنشاء هيئة قضائية لاإدارية بالرغم من دخول عناصر غير قضائية في تشكيلها. راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٩٤٠ لسنة ٧ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣ ، المكتب الفني -٩-١٣٠ ص ١ .

(47) قضت محكمة القضاء الإداري بأن محكمة الصحراء التي كانت تقضي في المسائل الجنائية فيما مضى في شبه جزيرة سيناء والصحراوات الغربية والشرقية والجنوبية تعتبر هيئة قضائية رغم النص على أنها تعقد بأمر وزير الحربية وترفع استئنافاتها إليه للفصل فيها (راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١١١٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٢٥ – المكتب الفني -١٠-٣١١ وكذلك فإن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي تعتبر محكمة رغم أن أحكامها تخضع لتصديق اللجنة العليا للإصلاح الزراعي (راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٦٢٩لسنة ٩ق جلسة ١٩٥٧/١/١٥ ، المكتب الفني ١١-١٤٧.

(48) في سنة ١٩٥٥صدر القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل تحسين على العقارات التي يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة ، وهذا القانون يفرض على بعض المدن والقرى مقابل تحسين على العقارات المبنية والأراضي التي تطرأ عليها تحسين مقابل أعمال المنفعة العامة التي تجريها الدولة كإنشاء الطرق والميادين أو توسيعها أو تعديلها ، وكالقيام بمشروعات مجار ، وكإنشاء الكباري والمزلقانات والممرات السفلية أو تعديلها (المادتان ١و٢من القانون) .
وعندما يتم عمل من «أعمال المنفعة العامة » التي يترتب عليها تحسين يصدر الوزير المختص قرارا يتضمن بيان هذا العمل وترفق به خريطة توضح حدود منطقة التحسين وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية كما يلصق في بعض الأماكن للإعلان عنه (المادة ٤) ، وعندئذ تجرى مصلحة المساحة مسحا لتحديد العقارات الداخلة في تلك المنطقة المحددة في القرار وتقوم بحصر ملاكها (المادة ٥)، وتنعقد بعد ذلك لجنة من بعض الفنيين لتقدير قيمة العقار الداخل في تلك المنطقة قبل التحسين وبعده (المادة ٦)، وعندئذ يصبح قرار هذه اللجنة نهائيا بعد اعتماده من جهات الاختصاص ويعلن إلى ذوى الشأن الذين يحق لهم الطعن عليه خلال ثلاثين يوما من إعلانهم به وتفصل في هذا الطعن لجنة الفصل في الطعون المنصوص عليها في المادة (٨) من ذلك القانون، ويرأسها أحد رجال القضاء ويجلس في عضويتها خمسة من الموظفين يمثلون جهات مختلفة .
ويعلن الطاعن بموعد الجلسة بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ليحضر الجلسة بنفسه أويستعين بمحام ويقدم دفاعه مكتوبا ثم تصدر اللجنة قرارها في الطعن مسبب (المادة٩) و (الفقرة الأخيرة من المادة ٨).
وبصدداللجنة المذكورة قضت المحكمة الإدارية العليا بأنها يغلب على تكوينها العنصر غير القضائي مما لا يطمأن معه لتوافر الضمانات الأساسية في التقاضي، مما لايمكن معه اعتبارها قاضيا طبيعيا يتحقق به الحق الدستوري لكل مواطن في الالتجاء لقاضيه الطبيعي طبقا لما كفله الدستور في المادة (٦٨) منه من صون لحق التقاضي وضماناته .
ومن هنا فإنها تعتبر لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي خصوصا وأن المستفاد من نص المادتين ٩،٨ من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ أنها تصدر « قرارات » نهائية ولا تصدر أحكاما. ولا يغير من هذا النظر تنظيم بعض الإجراءات أمام اللجنة على نسق بعض من الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم ، ذلك أن هذا التنظيم نتيجة طبيعية لما يناط بهذه اللجنة الإدارية من اختصاص قضائي . وإن كانت اللجنة لا تعتبر معه هيئة قضائية تصدر أحكاما . ومن ثم فإن جهة القضاء الإداري تختص بنظر الطعون في القرارات الصادرة من هذه اللجنة .
راجع المحكمة الإدارية العليا القضية ٣٨٢ لسنة ١٨ جلسة ١٩٧٨/٤/٨ مجموعة الخمسة عشرعاما لأحكام المحكمة الإدارية العليا ص ١٦٣ وفي ذات الاتجاه حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١٠/٢٦ – المكتب الفني -٢٧-١٤٨٤ .
هذا وكانت المحكمة العليا قد قضت بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٢ لسنة ٦ق .ع «تنازع » =
= جلسة ١٩٧٦/٧/٣ – القسم الثالث – ٢٣٢ بأن اللجنة سالفة الذكر هي هيئة قضائية ذات اختصاص قضائي .
وقد أعادت المحكمة الدستورية العليا تأكيد ذات المبدأ وذلك عندما دفعت هيئة قضايا الدولة بعدم قبول إحدى الدعاوى الدستورية أمامها استنادا إلى أن اللجنة المذكورة لاتعتبر من المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي، إذ قررت المحكمة أن هذا الدفع مردود بأن البين من استقراء أحكام القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه ، بأن المشرع قد ناط باللجنة المنصوص عليها في المادة الثامنة من هذا القانون ، اختصاص الفصل في الطعن في قرارات تقدير مقابل التحسين وراعى في تشكيل هذه اللجنة أن تكون برئاسة رئيس المحكمة الابتدائية ، وحرص على تقرير ضمانات التقاضي وإجراءاته أمامها من إعلان ذوى الشأن وسماع دفاعهم ، وعدم اشتراك من تكون له أو لذويه مصلحة في النزاع ، وصدور القرار مسببا (المواد ٧، ٨، ٩ من هذا القانون).
ومن ثم تعتبر هذه اللجنة هيئة ذات اختصاص قضائي في تطبيق أحكام المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨لسنة ١٩٧٩ » راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٨ ق

دستورية، جلسة ١٩٨٨/٦/٤، الجزء الرابع، ص ١٣٤» .

(49) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن« قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التى تلتبس بها ، إنما يقوم على مجموعة من العناصر التى لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعى ، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائى ،من بينها أن إسباغ الصفة القضائية على أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل فى نزاع معين ، يفترض أن يكون تشكيلها و استقلالها كاشفين عن حيدتها عند الفصل فى النزاع، ومؤديين إلى غيريتها فى مواجهة أطرافه. وفى كل حال يتعين أن يثير النزاع المطروح عليها ادعاء قانونيا يبلور الحق فى الدعوى كرابطة قانونية تنعقد الخصومة القضائية من خلالها، وبوصفها الوسيلة التى عينها المشرع لاقتضاء الحقوق المدعى بها وبمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محددا بما لا يخل بالضمانات القانونية الرئيسية التى لا يجوز النزول عنها ، وعلى ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفا، ليكون القرارالصادر فى النزاع مؤكدا للحقيقة القانونية ، مبلورا لمضمونها ، لتفرض نفسها على كل من الزمه المشرع بها بافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة .

راجع الدعوى رقم١٠٢ لسنة ١٢ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ ، سالف الإشارة إليها ، المجلد الخامس الجزء الثانى، ص ٣٤٣.

(50) راجع الدعوى رقم ٢ لسنة ٥ ق تنازع ، جلسة ١٩٨٤/٦/١٦ ، الجزء الثالث ، ص ٤١٥ ، والدعوى رقم ٥ لسنة ٦ ق تنازع جلسة ١٩٨٧/١/٣ ، الجزء الرابع ، ص ٤٢٧.

(51) راجع فى ذات المعنى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ سالفة الذكر، المجلد الخامس الجزء الثانى ، ص ٣٤٦ بند (٤).

(52) راجع الدعوى رقم ٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٤ ، الجزء السادس ، ص ٨٥٦ .

(53) راجع د/ عبد العزيز سالمان، رسالة رقابة دستورية القوانين ، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(54) راجع د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة ،المرجع السابق ، ص ٦٠٠

(55) راجع الدعوى رقم ٣١ لسنة ١ ق "دستورية" ، جلسة ١٩٨٣/٦/١١ ، الجزء الثانى ، ص ١٢٦.

(56) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ٦ ق "دستورية" جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١ ، الجزء الثالث ، ص ٢٦٢ – ٢٦٣.

(57) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق «دستورية » ، جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٨٢ ، الجزء الثاني، ص ٥٣ .

(58) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ٤١٤.

(59) الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٧/١/٤.

(60) راجع د/ محمد صلاح عبد البديع ، قضاء الدستورية فى مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣ – ١٩٩٤ ، ص ٨٤ – ٨٥ .

(61) راجع الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ ، الجزء السادس ، ص ٣١٥-٣١٦

(62) يلاحظ أن فكرة النص الساقط لم تكن واضحة فى ذهن المحكمة ابتداء حيث كانت تقضى بداءة بعدم دستوريته ومثال ذلك ما قضت به المحكمة من أنه «لما كانت باقى مواد هذا القانون (رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١) مترتبة على مادته الأولى بما مؤداه ارتباط نصوص القانون بعضها ببعض ارتباطا لا يقبل الفصل أو التجزئة ، ومن ثم فإن عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع –بحكم هذا الارتباط – أن يلحق ذلك الإبطال باقى نصوص القانون المطعون فيه مما يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون برمته ».

راجع الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣ق دستورية ، جلسة ١٩٨٣/٦/١١ ، الجزء الثانى ص ١٤٧ .

وفى قضية أخرى قضت المحكمة بأن « القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون فيه، = =إذ نص فى مادته الأولى على « أيلولة ملكية الأراضى الزراعية التى تم الاستيلاء عليها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدل له إلى الدولة دون مقابل ، يكون قد جرد ملاك تلك الأراضى المستولى عليها عن ملكيتهم لها بغير مقابل فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١ والمادة ٣٦ ......» .

وكانت المادة الثانية من القرار بقانون المشار إليه تنص على أن يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون و تنص المادة الثالثة والأخيرة على أن « ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره ».

و بصدد هاتين المادتين رأت المحكمة أنهما مترتبتان على المادة الأولى ومن ثم « فإن عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط أن يلحق ذلك الإبطال باقى نصوص هذا القرار المطعون فيه بما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته» .

راجع الدعوى رقم ٣ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٣/٦/٢٥ ، الجزء الثانى ، ص ١٦٧. ولاشك فى أن مسلك قضاء المحكمة الحديث فى التفرقة بين النص الباطل والساقط هو الأصوب من الناحية الفنية .

– ويلاحظ أن هذه التفرقة فى بلاد أخرى لم يتم التوصل إليها ومن ذلك لبنان . (الباحث)

(63) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ٨ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٢/٣ ،مجموعة المطابع الأميرية ١٩٩٦ ، الجزء الثانى ، ص١ ، وقد تم استعراض الاسباب التى قام عليها الحكم ص ٣٩٨ – ٤٠٠ من هذه الرسالة وذلك عند تناولنا بالتحليل لقضاء المحكمة الضريبى .

(64) توجد أحكام أخرى قضت بسقوط بعض النصوص نذكر من ضمنها الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ حيث قضت المحكمة « أولا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٣ مكررا ١ والمادة ٣مكرر٢ من القانون رقم ١٠٧ لسنة ٧٦ بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادى المعدل بالقانونين رقمى ٣٤لسنة ١٩٧٨ و ١٣ لسنة ١٩٨٤ . ثانيا بسقوط أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣ مكررا والمادة ٣ مكررا (١) والمادة ٣ مكررا (٣) والمادة ٣ مكررا (٤) والمادة ٣مكررا(٥) والبند (٤) من المادة (٣٦) من قانون الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١.

وكذا الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١٠/٥ حيث قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠وبسقوط فقرتيها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨مكررا والمادة ٢٠٨ مكررا (ب) من هذا القانون .

=

= وكذلك حكم المحكمة فى الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١ و الذى قضى أولا بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ من قانون العقوبات ، من معاقبة رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير بوصفه فاعلا أصليا للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته ثانيا بسقوط فقرتها الثانية .

وسبب إسقاط هذه الفقرة مرده كما سلف وأوضحنا ارتباطها بصورة لا تقبل التجزئة بالنص المقضى بعدم دستوريته إذ كانت تنص على الإعفاء من المسئولية الجنائية فى حالتين :

١ - إذا اثبت أن النشر حصل دون علمه ، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر .

٢ - أو إذا أرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة ، وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته ، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر .»

(65) راجع كتاب مدخل إلى النظام الشريعى فى الولايات المتحدة/ ترجمة د/ رائد السمرة، مركز الكتاب الاردنى، ص٥٠ ـ ٥٧

(66) المرجع السابق ص ٥١ – ٥٢ .

(67) يوجد بالولايات المتحدة ايضا ما يسمى بالمحاكم الخاصة ذات الاختصاص المحدد مثل محكمة الادعاءات وهى محكمة تختص بالنظر فى الجرائم المرتكبة ضد الدولة ومحكمة التجارة الدولية ، ومحكمة الضريبة والمجالس القضائية الإدارية الفيدرالية و إن كانت الأخيرة ليست محكمة بالمعنى الفنى .

راجع فى تفاصيل أكثر عن التنظيم القضائى فى الولايات المتحدة الأمريكية ، رسالة د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق ص ١٨٦ وما بعدها.

(68) تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة للدستور الأمريكى على أنه " ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا، طبقا للعدل والقانون، والتى تنشأ فى ظل هذا الدستور ، وقوانين الولايات المتحدة، والمعاهدات التى أبرمت أو التى ستبرم طبقا لسلطاتها وإلى جميع القضايا الداخلة فى اختصاص الأميرالية والبحرية – وإلى المنازعات التى ستكون الولايات المتحدة طرفا فيها وإلى المنازعات بين ولايتين أو أكثر ، وبين ولاية ومواطنى ولاية أخرى، وبين مواطنين لولايات مختلفة وبين مواطنى الولاية الواحدة الذين يدعون ملكية أراض بموجب منح صادرة من ولايات أخرى، وبين ولاية أو مواطنيها ودول أجنبية، أو مواطنى دول أجنبية أو رعايا أجانب.

– وفى جميع القضايا التى تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل وتلك التى تكون إحدى الولايات طرفا فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية وفى جميع القضايا الأخرى التى ذكرت من قبل ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الاستئنافية ، ســواء من ناحية القانــون أو ناحية الوقائع مـع مراعاة ما قد يضعـه الكونجرس من استثناءات أو قواعد .... ».

(69) هذا ويأتى الاقتناع عادة حال انطواء التظلم على ما يفيد وجود نزاع بين محاكم الاستئناف الفيدرالية فى دوائر قضائية مختلفة أو وجود تعارض ما بين حكم المحكمة العليا بالولاية والمحكمة العليا للولايات المتحدة .

راجع فى ذلك كتاب مدخل إلى النظام التشريعى فى الولايات المتحدة ، ترجمة د/ رائد السمرة ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(70) راجع :

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op.cit. p. 88-89.

(71) راجع :

William J. Brennan, Jr. ,The National Court of Appeals : Another Dissent , University of Chicago Law Review 40 (Spring 1973): p. 480 .

(72) راجع فى التفاصيل

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. p.90-93.

(73) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٣ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧، الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧

(74) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٣ ق دستورية، جلسة ١٩٩٤/٥/٧سالفة الذكر .

(75) راجع الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/١٢/٢، الجزء السادس (مطابع) ، ص١٤.

(76) فى الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٥ ق دستورية سالفة الذكر كان القرار المطعون فيه صادراً من البنك الأهلى المصرى "برفع سعر الفائدة على أحد القروض بما يزيد عن ٧٪ واعتبرته المحكمة من غير القرارات الإدارية التنظيمية لتخرج المنازعة فى شأنه بحق عن ولاية المحكمة الدستورية العليا . إلا أن المدعى فى الدعوى الدستورية طعن أمام هيئة المفوضين بعدم دستورية المادتين ٢٣٢، ٢٣٣ مدنى بمقولة مخالفتهما للمادة الثانية من الدستور ، واعتبرت المحكمة أن ذلك طعنا =

= بالطريق المباشر وغير مقبول ، وإذا كانت ظروف الدعوى السابقة، تجيز أن تتناول الأسباب شروط القبول إضافة لشروط الاختصاص إلا أنه فى دعاوى أخرى لا يوجد مثل هذا التبرير مثل الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٤ق حيث نعى فيها المدعى على القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن تكريم كبار قادة القوات المسلحة خلال حرب أكتوبر مخالفته للدستور باعتباره الأحق والأجدر بالتقدير، واعتبرت المحكمة بحق أن عناصر التقييم تدور جميعها -ابتداء وانتهاء – حول مسار العمليات الحربية ونتائجها ، وقدر إسهام كل من القادة فيها ، وهو الأمر الذى لا تملك المحكمة تقديره لغياب الوسائل القضائية التى توازن بها ، ومن ثم انتهت المحكمة إلى عدم الاختصاص ، وفى أسباب حكمها أشارت إلى

انتفاء مصلحة المدعى من دعواه وهى شرط لقبول دعواه الدستورية إذ إن « الحكم بعدم دستورية هذا القرار بقانون فى مجمل أحكامه ، يعنى تجريدها من قوة نفاذها وزوال الآثار القانونية التى رتبها لتؤول عدما فلا تولد حقا لأحد ، ولا يقوم بها مركز قانونى لا للمدعى ولا غيره ولتفقد الحقوق المالية – محل دعواه الموضوعية – دعامتها ...»
راجع فى التفاصيل حكم المحكمة فى القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٤/٨.
هذا وسوف نتناول فكرة عدم الاختصاص بتفصيل أكبر عند دراستنا للقيود الذاتية .

(77) راجع الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/١/١.
(78) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٧، الجزء السادس ، ص ٢٦٠.وقد انتهت المحكمة فيها إلى انتهاء الخصومة.
(79) راجع الحكم بمجموعة المطابع الأميرية، الجزء الثانى ١٩٩٦، ص ١٠١.
(80) راجع أيضا الدعوى رقم ٦١ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ ، مجموعة المطابع الأميرية ، ص ٥١.
(81) تنطبق ذات القاعدة حال رفض الدعوى المحالة .
راجع فى ذلك على سبيل المثال – الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢، الجزء الخامس المجلد الثانى، ص ١٠٢.
(82) راجع الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٣/٢/٦، الجزء الخامس المجلد الثانى، ص ٢٠٦.
(83) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢.
(84) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٢/١١/٧ .
(85) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه :
« لما كانت الفقرة ١٢ من المادة (٨) من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية المعدلة بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ والتى أشركت أعضاء من مجلس الشعب فى تشكيل الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا – المطعون بعدم دستوريتها – قد عدلت بعد رفع الدعوى بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨١ الذى استبدل بهذا التشكيل تشكيلا جديدا يضم إلى أعضاء المحكمة عددا مماثلا من الشخصيات العامة بدلا من أعضاء مجلس الشعب، وكان هذا التعديل قد أحدث أثره فور نفاذ القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨١ باعتباره – فى هذا الخصوص – من القوانين المنظمة لإجراءات التقاضى التى تسرى بأثر فورى على مالم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها إعمالا لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات ، فحل بذلك التشكيل الجديد محل التشكيل الملغى موضوع الطعن، ومن ثم تكون مصلحة المدعى فى دعواه الراهنة قد زالت وتكون الخصومة الماثلة غير ذات موضوع الأمر الذى يتعين معه الحكم باعتبارها منتهية.
راجع فى ذلك الدعوى رقم ٨ لسنة ٢ ق دستورية جلسة ١٩٨١/١٢/٥ ، الجزء الثانى ص ٥.
(86) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٣ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧.
(87) راجع فى ذات المعنى الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٧.
(88) راجع هذا المعنى بالدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/٥/١٥ والدعوى رقم ٤١ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ١٩٩٦/١٠/٥.
(89) راجع الدعوى رقم ٦٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٢/٩/٥.
(190) راجع الدعوى ١٣١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/١٠.
(91) ومن أمثلة هذا التخفف أن مدعيا رفع دعواه الدستوريه طالبا الحكم بعدم مشروعية نص قانونى، فدفعت هيئة قضايا الدولة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر تلك الدعوى إذ إن جهة القضاء الإدارى دون المحكمة الدستورية هى التى يدخل بحث المشروعية فى ولايتها، وهنا قضت المحكمة بأن الدفع غير سديد تأسيسا على أن « العبرة بما قصد إليه المدعى حقيقة وتوخاه من دعواه ، ولا اعتداد بالعبارات التى توصل بها للدلالة على مراميه إذا كانت مجافية فى مبناها للمعنى الذى أراده منها ».
راجع فى ذلك الدعوى رقم ٦٨ لسنة ٤ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٣/٧.
(92) راجع الدعوى رقم ١١ لسنة ١٥ ق « تنازع »، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤.
(93) راجع الدعوى رقم ٥٣ لسنة ١٢ ق « دستورية »، جلسة ١٩٩٤/٢/٥ /ج ٦ ، ص ١٥٠.
(94) راجع ص٢١٣ – ٢١٧ من هذه الرسالة .
(95) تنص المادة ١٩٦ من قانون التجارة على أن « الحكم بإشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس أو طلب مداينيه أو الوكيل عن الحضرة الخديوية ....» والمقصود بالوكيل عن الحضرة الخديوية النيابة العامة.
(96) راجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٧٨/٦/١٠ ، مجموعة ١٥ عاما، الجزء الأول ، ص ١٣٩ –١٤٠.
(97) درج مجلس الدولة على القضاء باختصاصه بالفصل فى طلب إلغاء قرار النيابة العامة الصادر فى منازعات الحيازة بشرط الا ينطوى الأمر على جريمة من جرائم الحيازة وذلك قبل العمل بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢– فى ذلك راجع المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٦ المكتب الفنى ، السنة ٢٣١ العدد الأول ، ص ٥٦.
وبعد العمل بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تغير الأمر فأصبح مجلس الدولة ينظر إلى تلك القرارات بوصفها من قبيل الأعمال القضائية بحسبانها يجب عرضها على القاضى الجزئى المختص ليصدر قرارا مسببا خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييدها أو بتعديلها أو بإلغائها.
راجع فى ذلك ، الموسوعة الإدارية ، الجزء ٢٥ ، ص ٤٩٥.
(98) راجع د/ صلاح الدين فوزى، الدعوى الدستورية ، المرجع السابق ، ص ١٣٩.
(99) تنص المادة (٢٣) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة على أنه « يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا

فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى أو من المحاكم التأديبية وذلك فى الأحوال الآتية : ١ - .... ٢ - .... ٣ - ....

ويكون لذوى الشأن ولرئيس هيئة مفوضى الدولة أن يطعن فى تلك الأحكام خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك مع مراعاة الأحوال التى يوجب عليه القانون فيها الطعن فى الحكم.

أما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى فى الطعون المقامة أمامها فى أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس مفوضى الدولة خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك إذا صدر الحكم على خلاف ماجرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا أو إذا كان الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى لم يسبق لهذه المحكمة تقريره.

(100) مما يؤيد رأينا ماقضت به المحكمة الإدارية العليا إبان عهد المحكمة العليا، والذى كان يقرر طريقة وحيدة لتحريك دعوى الدستورية وهى الدفع ، بأن المستفاد من نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ أن الدفع بعدم الدستورية إنما يبدى من أحد الخصوم فى الدعوى ولما كانت هيئة مفوض الدولة طبقا لأحكام قانون مجلـــس الدولة لا تعتبر خصما فى المنازعة لأنها ليست طرفا ذا مصلحة شخصية فيها - يترتب على ذلك أنه إذا كان الثابت أن الطاعن لم يدفع فى أى مرحلة بعدم دستورية أى نص فى قانون تنظيم الجامعات فإنه لا محل لأن تتصدى المحكمة للتعقيب على ما ورد بتقرير هيئة مفوضى الدولة بشأن عدم دستورية بعض مواد قانون تنظيم الجامعات.

راجع الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء (١٤) ، ص ٢٣٧، ٢٣٨.

ويظهر من الحكم الآنف أن المحكمة تتكلم عن الأحوال المعتادة لدور هيئة المفوضين وليس الأحوال الاستثنائية التى تعد فيها خصما .

(101) راجع الدعوى رقـم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية (٧ لسنة ٩ ق عليا) ، جلسة ١٩٨٥/٥/٤، الجزء الثالث ، ص ٢٠٩.

(102) راجع الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٧.

(103) الدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٥.

الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٥ /ج ٢/٥ ص ٢٩١.

الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٩١/٥/٤

(104) راجع الدعوى رقم ٧٣ لسنة ٦ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٨.

(105) راجع المستشار/ محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق ، ص١١٤.

(106) د/ عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، المرجع سابق، ص ٤٤٩.

(107) فى هذا المعنى، الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣ق دستورية، جلسة ١٩٨٣/٦/١١ ، الجزء الثانى ، ص ١٢٧.

(108) راجع الدعوى رقم ١١٧ لسنة ٥ق دستورية، جلسة ١٩٨٤/٦/٢ ، الجزء الثالث، ص ٧٦ حيث كانت محكمة الأمور المستعجلة قد نظرت الدعوى التى دفع فيها المدعى بعدم الدستورية ومنحته ميعادا غايته ١٩٨٤/٤/٥ فلم يرفع دعواه الدستورية إلا فى ١٩٨٤/٤/١٨، وكان شخصان قد تدخلا انضماميا إلى المدعى فقضت المحكمة بانقضائه بطريق اللزوم تبعا لانقضاء الدعوى الأصلية.

(109) الدعوى رقم ٥ لسنة ٤ ق تنازع جلسة ١٩٨٤/١/٧، الجزء الثالث ، ص ٣٦٧.

(110) فى هذا المعنى ، الدعوى ١٣٩ لسنة ٤ ق دستورية، جلسة ١٩٨٦/٥/٣، الجزء الثالث، ص ٣٢٥.

(111) راجع الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/١١/٦، ج ٦ ، ص ٧٤.

وأيضا الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق ،ج ٣ ، ص ٢٠٩ حيث قضت المحكمة بأن رئيس الجامعة هو صاحب الصفة فى الادعاء باسم جامعة الأزهر ومن ثم قبلت دعواه.

(112) راجع فى هذا الاتجاه حكم المحكمة الإدارية العليا فى الدعوى رقم ٩٩٥ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٤ ، السنة ١٤، ص ١٣١.

(113) قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هى شرط لصحة إجراءات الخصومة فإذا باشر الدعوى من ليس أهلا لمباشرتها كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة فيها هى التى يمكن أن يلحقها البطلان.

راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الدعوتين ٥٩١، ٦١٣ لسنة ١٥، جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ ، مجموعة الخمسة عشر عاما، الجزء الثانى ، ص ٩٧٦.

راجع فى هذا الاتجاه د/يسرى محمد العصار، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٨٣، ٨٤.

(114) راجع الخلاف حول شرط الأهلية، مستشار محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا المرجع السابق ، ص١١٤.

(115) راجع حكم المحكمة العليا الدستورية فى الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٧٦/٣/٦، الجزء الأول، ص ٣٤٥.

(116) راجع فى هذا الاتجاه د/ يسرى محمد العصار، شرط المصلحة ، دراسة مقارنة - المرجع السابق ، ص ١١٣.

الباب الثالث

تحليل الرقابة على دستورية القوانين
فى القضاء الدستورى الأمريكى والمصرى

تقسيم:

إن أى دراسة للقضاء الدستورى يجب حتى تزداد ثراءً ألا تخلو من تحليل لأحكام ذلك القضاء، ونرى أن هذا التحليل العلمى المقارن هو أهم ما فى أى دراسة تكون لذلك القضاء.

وبالنسبة لدراستنا هذه فقد عمدنا إلى انتقاء مجالات محددة لأحكام المحكمه العليا فى الولايات المتحد الأمريكية تعتبر فى رأينا – هى الأهم ، ولم نعمد إلى الإسهاب بالنسبة لأحكام هذه المحكمة قاصدين فحسب إظهار الطابع الحالى المتحفظ للمحكمة المعاصرة والتى يترأسها رئيس القضاه رنكوست .

أما بالنسبة لمحكمتنا الدستورية العليا فقد اخترنا مجالات أربعة رئيسية للأحكام ، أسهبنا فى شرحها مع مراعاة أمرين رئيسيين، التطور الزمنى للأحكام، والتركيز الدقيق على فترة التسعينات وذلك لإظهار الطابع الحالى لمحكمتنا والذى يبين منه تحررها وأنها إلى الإقدام أقرب .

وبالطبع لم نغلق الباب أمام المقارنة بين كثير من المجالات فى كلا البلدين دون التزام بالمقارنة الدقيقة فى كل مجال، منعا من الإطالة من ناحية، ولأن إظهار الطابع العام المتحفظ أو المتحرر لكل محكمة هو الأكثر أهمية، إذ عن طريقه يمكن توقع الاتجاهات المستقبلية للأحكام.

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا لهذا الباب مقسمة على النحو الآتى :

الفصل الأول : التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا الأمريكية لدستورية القوانين.

المبحث الأول : الحرية الدينية .

المبحث الثانى : القيم العائلية.

المبحث الثالث : حق الملكية .

المبحث الرابع : المساواة.

المبحث الخامس: حقوق المتهمين الجنائيين.

المبحث السادس: الفصل بين السلطات.

المبحث السابع : الفيدرالية.

الفصل الثانى : اتجاهات المحكمة الدستورية العليا فى ممارستها للرقابة على دستورية القوانين .

المبحث الأول : مجال الحقوق السياسية.

المبحث الثانى: المجال الاقتصادى .

المبحث الثالث : مجال الحقوق الجنائية.

المبحث الرابع : مجال الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا الأمريكية لدستورية القوانين

المبحث الأول

الحريــة الدينيــة

تمهيد:

نص التعديل الأول من الدستور الأمريكى على أنه لن يصدر الكونجرس أى قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية التعبير أو الصحافة أو يحد من حق الناس فى عقد اجتماعات سلمية، وحقهم فى التماس إنصاف من الحكومة من ضيم وإجحاف.

وقد اعتبر أن ما ورد بهذا الفصل يعد أساسا لضمان الديمقراطية الحقيقية، وبغير تلك الضمانات يغدو ما ورد من ضمانات ببقية وثيقة الحقوق «التعديلات العشر الأولى بالدستور» فارغا من أى مضمون، وهذا ما ذكره القاضى هيوجولاك [1] والذى هو من أكثر الدارسين للتعديل الأول إذ صرح فى معارضة شديدة اللهجة لأحد الأحكام بأنه يؤمن دوما بأن التعديل الأول هو الحجر الأساسى للحكومة الأمريكية، والحريات التى يضمها تمنع من تحطيم كل الحريات.

ومثال ذلك أن أحد الصحفيين أذاع بشبكة "CNN" تسجيلات الحكومة لتشاور الجنرال المخلوع نوريجا « ملك المخدرات » مع المحامين المدافعين عنه بحسبان أنه يعد إخلالا بحق المذكور فى محاكمة عادلة ، وقيل إنه إذا كانت الحكومة تستطيع أن تفعل ذلك مع الجنرال البانمى المخلوع فإنها تستطيع أن تفعله بسهولة أكبر مع أى مواطن .

والمعنى أنه ما كان يمكن الدفاع عن حقوق نوريجا بدون حرية الصحافة. وبداخل التعديل الأول يوجد تدرج فى النص على الحقوق فوردت الحرية الدينية أولا ثم حرية التعبير والصحافة ثم حق

الناس فى عقد اجتماعات سلمية .....الخ، وهناك خلاف حول قيمة هذا التدرج ومعناه من حيث الأهمية، ولم يترك واضعو الدستور سجلا مكتوبا يحسم هذا الأمر، ولكن بلا جدال فإن الحرية الدينية محل هذا المبحث من الأمور ذات الأولوية فى المخطط الدستورى.

وسوف ندرس فى هذا المبحث قضيتين توضحان موقف محكمة رنكوست تماما من هذا الأمر.

المطلب الأول

قضية[2] " Lyng. v. Northwest Indian Cemetry Protective Ass'n

الفرع الأول: وقائع القضية

وتلخص وقائع هذه القضية فى أن منطقة تسمى **Chimney Rock** تعتبر مقدسة بالنسبة للقبائل الهندية فى كاليفورنيا، إذ يوجد بها ما يقرب من خمسة آلاف هندى أحمر يؤمن بقدسيتها ويسمونها الوطن الأعلى **high country** وذلك نتيجة لخصوصيتها وصمتها وطبيعتها الهادئة المناسبة لإقامة الشعائر الدينية والروحية.

وكان جهاز خدمة الغابات بالولايات المتحدة قد اقترح إقامة طريق بها، فحذر من أن بناء الطريق بتلك المنطقة سوف يشكل خطرا غير قابل للإصلاح للمنطقة المقدسة التى يؤمن بها الهنود الحمر، إلا أن الجهاز رفض هذه التحذيرات وخطط لبناء الطريق بعيدا قدر الإمكان عن المناطق المقدسة المستخدمة فعلا من قبل الهنود واعترض على ذلك العديد من الهنود بأشخاصهم ومنظماتهم وكذا منظمات حماية البيئة ومجلس مدينة كاليفورنيا، وتوحدوا لرفع قضية ضد قطع الأشجار وبناء الطريق بالقرب من المواقع المقدسة، وكسبوا الدعوى أمام المحكمة المركزية وأثناء نظر الاستئناف أصدر الكونجرس قانونا حمى به أجزاء المنطقة المقدسة من أى نشاط تجارى شاملا حصد الأشجار عدا الانتزاع الذى يقوم به جهاز خدمة الغابة لمد الطريق .

ورغم ذلك أيدت محكمة الاستئناف حكم أول درجة، من أن البناء ينتهك فقرة حرية ممارسة الدين الواردة بالتعديل الأول.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا أخذت اتجاها معاكسا.

وقد كتب هذا الحكم القاضية ساندرادى أوكنر، وبنى على ركيزة الإقلال من تأثير بناء الطريق على قدرة الهنود الحمر على ممارسة ديانتهم، وأن الطريق بعيد قدر الإمكان عن الأماكن المقدسة، ومن ثم فهو أضعف وأقل البدائل المتاحة تأثيرا على تلك الأماكن.

وقد تألم الهنود كثيرا من هذا الحكم خاصة وأنه كان يشير فى أسبابه إليهم بكلمة **Indians** ولم يشر إلى كلمة **Native American** أى الأمريكيين الأصليين أصحاب الأرض.

الفرع الثانى: تقييم الحكم

انتقد الكثير من الفقهاء هذا الحكم تأسيسا على أن فيه إهمالا كبيرا لمجال الروح عامة ومكانة

البيئة الطبيعية لمارسة ديانة الهنود الحمر. و إنه وإن كان لا يطلب من القضاة أن يؤمنوا بديانات الهنود الحمر ومفاهيمها إلا أنه كان عليهم أن يركزوا فى الأمر حتى يستخلصوا الجانب الروحى فيها ومدى تعلقه بالأرض.

فمفهوم الأرض عند الغرب يعنى الاستيطان فيها إضافة إلى استغلالها وإمكان التغيير فى شكلها وكنهها تحقيقا لأكبر استثمار لها ولإمكان تحقيق التطور التقنى ، بينما مفهوم الهنود الحمر مختلف تماما إذ يرى الهندى أن ديانته ووجوده وعشيرته تقوم على عدم انتهاك القوانين الطبيعية والحفاظ على الأرض بحالتها والمصادر الطبيعية حتى يمكن إقامة الاحتفالات الدينية ، ومن ثم لا يجوز وضع عوائق تمنع الوصول إلى الأماكن المقدسة.

وقد فهم القضاة المحتجون على الحكم - برين - مارشال - بلاكمان، هذا الأمر تماما ورأوا الفارق بين المبادئ الدينية للرجل الغربى والهندى الأحمر، فبينما العقيدة هى أساس إيمان الرجل الغربى فإن إيمان الهندى يقوم على أساس من الارتباط المتشابك والمعقد بالأرض واستعمالها وقدسيتها وقد رأوا أن المحكمة لم تدرس الاختلاف وفق أى من صوره [(3)، (4)] .

وكرد فعل لهذا الحكم بدأت لجنة مختارة من قبل مجلس الشيوخ لشئون الهنود الحمر فى إعداد تعديل لقانون حرية ممارسة ديانة الهنود الحمر لضمان عدم تقويض الديانة من قبل إدارة الأراضى الفيدرالية، وقد استمعت اللجنة لشهادة بعض رؤساء العشائر الهندية حيث أكد أحدهم على أن الحكم السالف كارثة على الحرية الدينية ، إذ يؤدى لحرمان الهنود من الحماية المعطاة لغيرهم من الأمريكيين، ويحرمهم من *أراضيهم التى تقوم عليها* ديانتهم منتهكا *بذلك التعديل الأول للدستور إذ* الهندى الأحمر يرى الرجل والطبيعة والديانة ككيان متكامل ويتم تنمية الروح الإنسانية عن طريق علاقة شخصية بهذه الأماكن، فإن تغيرت الأماكن المقدسة مع التطور فإن ممارسة الديانة الهندية سوف تتعرض للخطر، كما لا يعد مقبولا الادعاء بإمكان نقل هذه الأماكن إلى مواقع أخرى أكثر ملاءمة [(5)].

وإذا كان لنا أن ندلى بدلونا فإن المرء لا يستطيع أن يحكم على الأمر إلا بنظرة المسلم الرافض لكافة أشكال الوثنية، ورغم أن وجهة نظر المحكمة لاعلاقة لها بوجهة نظرنا الشخصية ومن الطبيعى حدوث اختلاف[(6)]، إلا أننا نرى أنها حرمت نفسها من التحقق من صحة الادعاءات الدينية المقدمة أمامها، كما لم تحاول تعريف كلمة الدين " **Religion** " ، وهو الأمر الأولى اللازم التثبت منه حتى يمكن البحث فى فكرة حرية ممارسته.

المطلب الثانى

قضية **Employment Division v. Smith** [(7)]

يوجد مذهب بأمريكا يسمى الـ "**Peyote**" ويعتمد على الممارسة التأملية التى تصل فى أقصاها إلى الهلوسة ، وتختلف باختلاف الناس، ويؤمن الهنود الحمر بهذا المذهب بحسبانه يمكنهم من الهروب من آلام الحياة ويعطيهم شعورا مؤقتا بالسلام والتجانس فى عالم ملىء بالفقر والعوز والاحتياج.

وقد ظهرت هذه العقيدة فى القرن التاسع عشر، وفى بداية القرن العشرين تم عمل قانون أخلاقى يحكم المؤمنين بهذا المذهب يسمى **Peyote Road**، ويقوم على المحافظة على قيم أخلاقية معينة مثل الحب الأخوى والإخلاص الزوجى والعمل الجاد والمسئولية العائلية وتجنب الكحوليات نهائيا، وذلك كله كأساس للعيش بسلام فى ذلك العالم الملىء بالمشاحنات.

وتتلخص وقائع القضية فى أن اثنين من الهنود الحمر المسيحيين آمنا ببعض المبادئ التى يفرضها مذهب الـ "**Peyote**" فأقاما بعض المسالك الاحتفالية المتعلقة بهذا المذهب ، مما أدى إلى فصلهم من وظائفهم وعدم إفادتهم من تأمين البطالة بالنظر لأن فعلهم السالف يشكل جريمة جنائية ضمن قانون ولاية أوريجان التى كانوا يعملون بها .

وقضت المحكمتان الابتدائية والعليا لصالح المدعيين بحسبان أن ذلك القانون الذى جرم أفعالهما غير دستورى لمخالفته لفقرة الممارسة الحرة للدين.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا للولايات المتحدة كتب رأى الأغلبية القاضى سكاليا، وفيه ألغى حكم المحكمة العليا بأوريجان ورفض الاستمساك بالسوابق المقررة سلفا من المحكمة العليا ومنها سابقة **Sherbert** حيث أكد أنها تتعلق بعدم إمكان التوافق مع التنظيمات الوظيفية نظرا لمعتقدات دينية عديدة حال كون السلوك لا يشكل جريمة جنائية، أما حال كون السلوك جريمة جنائية وفق حق الولايات فى تنظيم الأمر فهنا يكون الفصل صحيحا ولا يستحق تأمين البطالة (8) .

وقد رأى بعض الفقهاء أن هذا الحكم انتكاسة لحق الممارسة الحره للدين، وأنه لو ترك أمر تأثيم الممارسات الدينية للهنود الحمر للولايات ، فسوف يكون من الصعب إقناع المشرعين بالولايات بعدم تأثيم الأفعال التى تشكلها هذه الممارسات، كما أن هناك احتمالا بعدم المساواة بين الولايات فى معالجة الأمر.

وبفرض وجود تأثيم جنائى فإن الأمر بالنسبة للهنود الحمر يستحق الإعفاء، إذ توجد دواعيه قياسا على حالة الإعفاء المقررة للطائفة المسماه **Amesh** من المسئولية الجنائية الناجمة عن الإخلال بالتعليم الإجبارى والذى تم سنة ١٩٧٢.

وعلى فرض أن هناك تأثيما للكحوليات وأن التأثيم الدستورى لها قد عاد ثانية، فإنه من الطبيعى ألا يمس الإعفاء المقرر لأسباب دينية كما هو الحال فى الطقوس الشهيرة « بالمناولة ».

ويبدو أن القاضى سكاليا وأغلبية محكمة رنكوست يرون أن فقرة الممارسة الحرة للدين لو تم التوسع فيها فسوف يؤدى ذلك إلى تدمير المجتمع.

ويرى البعض أن القضيتين الآنفتين تعبران حقا عن اتجاه محكمة رنكوست العدائى للممارسة الحرة للدين عامة وللهنود الحمر خاصة ، بحيث إن المحكمة لم تستطع فهم الاحتياجات الدينية لهؤلاء الهنود رغم أنها لو أرادت أن تفعل ما أعيتها الحيلة.

ويرى المعارضون أن المحكمة ورثت عداء القرن التاسع عشر لهؤلاء الهنود والذى تمثل فى تحريم الرقصات الاحتفالية ، وتحريم استعمال وسائل مذهب الـ "**Peyote**" وتحريم الألعاب اللازمة للديانة الهندية.

ويستند المعارضون إلى ما قرره بلاكمان فى اعتراضه على حكم **Smith** بأنه وإن كان على

المحاكم ألا تخوض فى ما إذا كانت ممارسة دينية ما رئيسية للديانة من عدمه إلا أن عليها واجب أن تمنع تأثير القيود فى الولايات على ديانة الأقلية [9] .

وهكذا انتكست الحرية الدينية للهنود خلال فترة رئاسة رنكوست للمحكمة العليا، وتساءل المعارضون حول الأقلية التى تستحق الحماية إذا كان الهنود الحمر قد حرموا منها.

ويؤمن المعارضون أن الحرية الدينية جردت عن طريق محكمة رنكوست من الاستقلال والحيوية ومن أى معنى حقيقى لها[10] .

ويمكن القول فى غير المسألة الهندية - وبصفة عامة - إن محكمة رنكوست ترى فى التعديل الأول مايمنع الكونجرس من إنشاء أى ديانة رسمية أو تفضيل إحداها على الأخرى.

وتدعو المحكمة - بقيادة رنكوست - إلى فقه جديد ومبدأ جديد يسمح للولايات أن تتصرف بإيجابية لتساند القيم الدينية بما ليس فيه تفضيل لإحداها على الأخرى ومن ثم فهى لا تحبذ الفصل التام بين الدين والدولة.

ومن الطبيعى أن نرى تعارضا كبيرا ما بين حماية سلطة الولايات وحماية معتقدات الأفراد الدينية ومن ثم فهذا يبرر كثرة الطعون على دستورية قوانين الولايات المتعلقة بالدين.

المبحث الثانى

القيم العائلية

تمهيد :

إن مشكلة الآباء غير الشرعيين شديدة الأهمية فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك نظرا لتزايد العلاقات غير الشرعية وما ينجم عنها من أطفال، وتتأثر الأحكام فى هذا الموضوع بالرأى العام والقيم الأخلاقية للقضاة. وعادة ما تتمثل القضايا المتعلقة بالآباء غير الشرعيين فى طعون على قوانين الولاية بعدم دستوريتها لانتهاكها للتعديل الرابع عشر من الدستور لمعاداتها للأب لصالح الأم رغم وحدة المركز القانونى لكليهما.

ولاجدال فى أن القوانين التى تحكم العلاقة الأسرية هى نتاج للمجتمع الذى ولدت فيه، وفى القانون الإنجليزى تعطى الحضانة للآباء مقتصرة عليهم وتسمى بالإنجليزية "**read possession**" أى الحيازة المقروءة.

والأم يصلها بالطبع كامل الحب والاحترام من أطفالها أما الحضانة فلا. ولم تتبع المحاكم الأمريكية وجهة النظر الإنجليزية السالفة، إذ رفضت فكرة الحضانة المقصورة على الأب دون الأم.

وبالنسبة للآباء غير الشرعيين لم تنتهج المحكمة العليا قاعدة موحدة بالنسبة لهم ولكن اتجهت إلى معاملة كل قضية على حدة، وحدث نوع من التضارب بين الأحكام ذات الحالات المتقاربة [11].

ورغم أحقية الولايات فى تمتع قوانينها الأسرية بقرينة الدستورية إلا أنه حال انطوائها على إخلال بالحماية المتساوية، فإنه على الولاية حينئذ واجب إظهار أن التفرقة كانت ضرورية لحماية مصلحة ملحة لها[12] وإلا كان النص غير دستورى .

ويتم فحص النصوص القانونية المنظمة للأمر السالف أحيانا استنادا إلى فكرة الإجراء الواجب قانونا بالتعديل الرابع عشر.

وسوف نتناول بالشرح ثلاث قضايا توضح الأمر فى المطلب الأول، اثنين منها فى عهد سابق على محكمة رنكوست إلا أنهما مفيدتان تماما فى تفهم الأمر وفى المطلب الثانى سوف نقيم موقف المحكمة.

المطلب الأول

قضايا القيم العائلية

١ - قضية Caban v. Mohammed [13]

فى هذه القضية الأب غير الشرعى طعن على إعطاء الأم وزوجها الجديد حق تبنى أطفاله وحرمانه هو من هذا الحق بموجب أحكام المادة ١١١ من قانون العلاقات الأسرية الذى ينص على ذلك، ورأى أن هذه المادة تنتهك حقوقه الدستورية فى الحماية المتساوية والإجراء الواجب قانونا.

ورأت ولاية نيويورك والأم « المدعى عليهما » أن القانون يتفق مع أحكام الدستور إذ إن دافعه هو تحقيق أفضل مصلحة للأطفال. ورفضت المحكمة العليا هذا التفسير وأكدت بداءة أنها لا تنكر حق الولاية فى وضع التشريع الذى يحمى العلاقة الحميمة بين أحد الأبوين وأطفاله، إذ إن هذا الهدف من الأمور القيمة التى تستأهل الإشادة ، إلا أنها ذهبت إلى فشل الولاية فى إظهار العلاقة المنطقية التى تربط بين المعاملة المختلفة للأب غير الشرعى ومصلحة الولاية فى توفير الرعاية عن طريق التبنى لأطفاله غير الشرعيين.

وبمعنى آخر فإنه لا يوجد دليل يثبت أن إعطاء الأب ذات الفرصة المعطاة للأم فى التبنى سوف يعرقل تلك الإجراءات.

وهكذا خلصت المحكمة إلى أن حرمان الأب دون الأم من السير فى إجراءات التبنى هو أمر يستند إلى الجنس فحسب وليس لأى سبب آخر، ومن ثم ينتهك فقرة الحماية المتساوية المنصوص عليها بالتعديل الرابع عشر [14].

٢ - قضية Parham v. Hughes [15]:

فى هذه القضية قام المدعى بالطعن على حكم المحكمة العليا بولاية جورجيا بدستورية قانون الولاية الذى منعه من حق التقاضى عن موت ابنه خطأ، بالنظر لأنه لم يجعل علاقته شرعية بابنه أثناء حياته.

ورأى الطاعن أن القانون ينتهك حقه فى الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر بإنكار حق الأب فى ذلك ، دون الأم، الأمر الذى لا يرتبط بأى هدف حكومى هام.

وذهبت المحكمة العليا إلى دستورية القانون بحسبانه يمكن من جعل علاقة الأب بابنه شرعية دون إلزامه بالزواج من الأم، وأن هناك مصلحة مشروعة للولاية فى منع الادعاءات الزائفة بالأبوة بعد الوفاة بُغية الحصول على التعويض عن الوفاة بفعل الغير الخاطئ.

وكتب القاضى باول رأيا موافقا[16] أوضح فيه أن النص دستورى لأنه يرتبط بهدف هام للولاية، ألا وهو مشكلة صعوبة إثبات الأبوة بعد وفاة الطفل غير الشرعى.

٣ - قضية Michael H. v . Gerald D. : [17]

تلخص وقائع هذه القضية فى أن زوجة تسمى كارول كانت على علاقة زنا بعشيق لها أثمرت طفلة سميت فكتوريا، وقد اعتنى العشيق بهذه الطفلة واعتبرها ابنته، وأثبتت تحاليل الدم أن هناك احتمالا يصل الى ٩٨,٠٧٪ أن العشيق هو والد الطفلة وليس الزوج.

وكان قانون ولاية كاليفورنيا ينص على أن الطفل الذى يولد لامرأة تعيش مع زوجها ينسب لهذا الزوج[18].

ولما أنكرت الولاية على العشيق أى حق فى رؤية ابنته استنادا لعدم وجود أى علاقة قانونية بها، طعن فى ذلك تأسيسا على عدم مراعاة شرط الوسائل [19] القانونية السليمة فى علاقته بطفلته.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا قضت ضد العشيق بحكم صادر بأغلبية خمسة من أعضاء المحكمة.

وقد أسست المحكمة قضاءها على ركيزة من أن للولاية مصلحة كافية فى قطع علاقة العشيق بالطفلة وأن ادعاءه بوجود حق دستورى له يجب حمايته فى علاقته بالطفلة غير صحيح ، إذ المصلحة واجبة الحماية يجب أن يقرها المجتمع كمصلحة [20] أساسية، والمصلحة المدعاة ليست « محفورة فى أعراف وضمير المجتمع حتى يمكن وصفها بأنها أساسية ».

وأكد القاضى سكاليا الذى كتب الحكم أن العرف الأمريكى يحمى العائلة القائمة على أساس الزواج من مثل الادعاء الذى يدعيه الطاعن « العشيق»، وليس من الأعراف الأمريكية فى شىء الاعتراف بأى حقوق للأب البيولوجى إذ ينكرها المجتمع الأمريكى بقوة.

المطلب الثانى

تقييم موقف المحكمة العليا من الأب غير الشرعى

إن التقييم الموضوعى للأحكام الثلاثة سالفة العرض المتعلقة بالأب غير الشرعى خاصة وغيرها من الأحكام فى هذا المجال عامة تكشف عن التضارب الكبير بين الأحكام فى هذا المجال رغم تماثل المواقف إلى حد بعيد، إذ تمثل تلك القضايا طعنا فى قوانين الولايات من الآباء غير الشرعيين بادعاء عدم دستوريتها لانتهاكها لحقوقهم الدستورية المقررة بالتعديل الرابع عشر.

وقد وجدنا المحكمة فى قضية **Caban** تقرر عدم دستورية قانون الولاية الذى يحرم الأب غير الشرعى من حق اتخاذ إجراءات التبنى لطفله، وكان منطق الأمور - وفق ما نظن - يستلزم السماح لذلك الأب غير الشرعى فى قضية **Parham** أن يقاضى عن موت ابنه خطأ .

ولم تقتنع المحكمة حقيقة فى قضية **Caban** بالمقولات التى ترى أن إعطاء الأب غير الشرعى الحق الذى يدعيه سوف يمنع الأم من التنازل عن حضانة أبنائها لمؤسسات التبنى خشية من ضمهم للأب ، وأن الآباء بالتبنى سوف يصيبهم اليأس من اللجوء للتبنى خشية من ظهور الأب الحقيقى، مما يضعف من فرص التبنى التى تسعى الولاية لتنميتها ، أو أن الأب حال السماح له بهذا الحق سوف

يستغله للابتزاز المادى، إذ إن كل هذه الأمور يمكن وضع قواعد محكمة للتغلب عليها.

والخشية من الانحراف فى التطبيق لاتصلح لمنع وضع القاعدة القانونية أو لانتهاك الحقوق الدستورية.

وقد يبدو غريبا عدم سريان المحكمة وفق ذات النهج فى القضية التالية وهى قضية **Parham** خاصة وأن الأب كان مثل الأب فى قضية **Caban** على علاقة قوية بطفله ويزوره بصفة منتظمة وأعطاه اسمه، إضافة إلى أن الأم فى تلك القضية ماتت فى ذات الحادث، ومن ثم تغدو مصلحة الولاية المدعاة فى حماية القيم المعنوية غير متحققة تماما، ويغدو احتمالا بعيدا أن يدعى امرؤ أبوته لطفل ليقتضى تعويضا عن وفاته.

وهكذا يبدو جليا أن النص فى تلك القضية غير دستورى - بالمفاهيم الأمريكية - ورغم ذلك ذهبت المحكمة إلى دستوريته مؤكدة فى حكمها الذى كتبه القاضى ستيوارت أن الأمر ينطوى على سوء تفسير للمبادىء الأساسية التى تقع خلف فقرة الحماية المتساوية، وأنه من المناسب أن يعامل الأب غير الشرعى معاملة مختلفة عن الأم غير الشرعية نظرا لوجود أسس منطقية تبرر هذا الاختلاف فيما يتعلق بمشكلة إثبات البنوة.

والذى يفسر اختلاف موقف المحكمة فى القضيتين الآنفتين ، والذى صدر الحكم فيهما بأغلبية خمسة ضد أربعة هو تحول القاضى باول إلى الجبهة الأخرى لينكر الحقوق الدستورية للمدعو **Par-ham** بعد أن كان قد أقرها للمدعو **Caban** .

ولاشك أنه لاتوجد مصلحة فى اضطراب التوقعات حول اتجاهات المحكمة فى قضايا الآباء غير الشرعيين، ولكن من الواضح تأثير القيم المعنوية للقضاة فى مثل تلك القضايا وكذا تأثير الرأى العام.

فلأن موقف المدعو **Caban** كان يدعو للتعاطف نظرا لأنه يدعى لضم ولده إليه تعاطفت معه أغلبية المحكمة أما موقف **Parham** فلم تتعاطف معه الأغلبية ، وغير القاضى باول موقفه ، نظرا لأن المذكور كان يسعى لمنفعة مادية تتمثل فى الحصول على التعويض المادى عن موت ابنه، ومن ثم فالموقف جد مختلف من الوجهة الإنسانية. وليس من المنتظر أن يتغير موقف المحكمة المتضارب مستقبلا من مثل تلك القضايا نظرا لغلبة النواحى المعنوية والعاطفية على قضاة المحكمة فى هذا الأمر [21] .

المبحث الثالث

حق الملكية "Property Right" [22]

تم النص على حمايته دستوريا بالتعديل الخامس والرابع عشر فنص التعديل الخامس على أنه «..... لن يحرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون، كما أنه لن يتم الاستيلاء على الممتلكات الخاصة لاستخدامها فى الأغراض العامة بدون تعويض عادل » وأكد التعديل الرابع عشر على أنه «....لايحق لأى ولاية أن تحرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل» [23].

ويرى المتحفظون أن حق الملكية لم يتم العناية به بدءا من سنة ١٩٣٧، وبتحليل الأحكام الحديثة لمحكمة رنكوست نجد أنها لم تنعش الحقوق الاقتصادية عامة وحق الملكية خاصة بصورة كبيرة ، وذلك ربما لأنها لم تجد القضية المناسبة لحماية هذا الحق، ففى قضية **General Motors v. Romein** [24] قضت المحكمة بأن ولاية ميتشجان لم تنتهك فقرة العقود « الفقرة العاشرة من المادة الأولى من الدستور[25] »، لما أصدرت قانونا يتطلب الدفع بأثر رجعى لتعويض العمال إذ لايوجد عقد تم إضعافه .

وقضت المحكمة بأن قانون [26] كاليفورنيا المتعلق بالموقف الخاص بالعربات المستخدمه كمنازل متحركة لايعد سلبا لحق الملكية لأنه لم يأخذ الملكية ماديا ولم يحرم الاستعمال الاقتصادى لها.

وفى قضية أخرى ذهبت المحكمة إلى أنه لايوجد محل للادعاء بالإخلال بالحماية المتساوية فى القانون الضريبى لولاية كاليفورنيا إذ اعتبرت المحكمة أن عدم المساواة الموجود بالقانون له أساسه المنطقى [27]ويلاحظ أنه ما أن تجد محكمة رنكوست القضية المناسبة لإظهار طابعها المتحفظ فإنها لاتتردد ألبته.

ومثال ذلك ماقضت به المحكمة فى قضية **Lucas v. South Carolina Coastal Council** [28] والتى تلخص وقائعها فى أن المدعو **David Lucas** اشترى قطعتى أرض لبناء منزل عليهما بحوالى مليون دولار، وذلك بجنوب كاليفورنيا ، وعندما أصدرت الولاية قانونا يمنع المذكور من البناء على ملكه قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بأن الولاية غير ملزمة بدفع تعويض عن قانونها لأنه صدر لمنع إيذاء عام ومن ثم يعد استثناء على فقرة الممتلكات، ولما وصلت القضية للمحكمة العليا ألغت الحكم الآنف ، وذهبت إلى أن الاغتصاب للممتلكات يحدث إما بأن تأخذ الحكومة الممتلكات واقعيا أو أن يمنع القانون الاستخدام المنتج للشىء.

وبتطبيق ذلك على الوقائع وجدت المحكمة أن المدعو **Lucas** حرم من استعمال أرضه والانتفاع بها مما أخل بالتوقعات المنطقية لاستخدام أرضه، مما يوجب التعويض .

وقد عدلت المحكمة عن السوابق فى هذا المجال والتى كانت ترى أنه لايجب التعويض عندما يساند القانون هدف اجتماعى هام.

ويلاحظ أن حالة منع الاستخدام المنتج للشىء أكثر حدوثا من حالة أخذ الممتلكات واقعيا.

ومن المتوقع أن يؤثر هذا الحكم على مجالات كثيرة تخل بحق الملكية مثل قوانين حماية الأصناف المعرضة للانقراض وحماية الأراضى المجففة والشواطىء.

ولو كانت الحكومة ستعوض في كل المجالات السالفة ، فإن تلك القوانين سوف ينتهى العمل بها، ومن هنا تظهر قوة الاتجاه المتحفظ لمحكمة رنكوست[29]،[30].

المبحث الرابع

المســـــاواة

المطلب الأول

قضايا المساواة

إن مبدأ المساواة بين البشر من الحقوق المحفورة فى الدستور الأمريكى وأكده التعديل (١٤) والذى نص على أنه لايجوز لأى ولاية أن تحرم شخصا داخل نطاق سلطاتها من المساواة فى الحماية أمام القانون.

وإذا كان واضعو الدستور يؤمنون ضمنيا بأحقية العبد فى التمتع بصفة المواطنة إلا أن ذلك احتاج إلى المرور بحرب أهلية حتى يتأكد ذلك المعنى.

وقد استمر وضع الزنوج كمواطنين من الدرجة الثانية فترة طويلة بعد الحرب الأهلية الأمر الذى دعى المحكمة إلى التدخل الفعال بحكمها فى قضية براون والذى قضى بعدم دستورية مبدأ الفصل مع المساواة، وذلك سنة ١٩٥٤[31]، وتدخل الكونجرس بمجموعة من القوانين الفعالة والمؤثرة أيضا، وذلك فى الستينات من هذا القرن مثل قانون الحقوق المدنية ١٩٦٤ وقانون حقوق التصويت ١٩٦٥ ، ومع ذلك لازالت للمشكلة العنصرية إرهاصاتها.

وبتحليل القضاء الحديث لمحكمة رنكوست يظهر أن المحكمة تؤمن بمبدأ الحياد العنصرى ، وهذا المبدأ يؤدى – حسبما نرى – إلى نوع من معارضة وسائل مكافحة التفرقة العنصرية وذلك يظهر جليا من القضيتين الآتيتين:

١ - قضية[32] City of Richmond v.J.A. Croson Co. :

تلخص وقائع تلك القضية فى أن مدينة تسمى **Richmond** أصدرت قانونا يستلزم من المقاولين المتعاقدين مع المدينة أن يسندوا إلى مقاولين من الباطن ٣٠٪ من قيمة العقد، وهؤلاء المقاولون من الباطن لابد أن يكونوا أعضاء بجمعية تسمى " **MBEs** " وهى مكونة من الأقليات وهم الزنوج وذوو الأصل الأسبانى والشرقيون والهنود والإسكيمو. وطعن على هذا القانون بعدم الدستورية.

ولاحظت المحكمة العليا أن هناك قانونا فيدراليا مشابها للقانون المطعون عليه كانت المحكمة قد انتهت إلى دستوريته فى قضاء سالف لها صادر سنة ١٩٨٠ فى قضية **Fullilove**[33] ، إلا أنها اعتبرت أن القضية الماثلة تختلف عن القضية السالفة، إذ إن الكونجرس تطبيقا للفقرة[34] الخامسة من التعديل الرابع عشر يملك سلطات علاجية لاتملكها الولايات ، فيملك الأول أن يعرف ويعالج آثار التفرقة العنصرية الواسعة، دون أن يعنى ذلك أن الولايات أو التقسيمات الأدنى تملك سلطات مماثلة[35].

وقد استخدمت مدينة ريتشموند فكرة التصنيفات العنصرية وهو أمر قد يحدث إيذاءً كبيرا، إذ قد يؤدى إلى الإحساس بالدونية العنصرية وإلى العداء السياسى.

وقد لاحظت القاضية ساندرا التى كتبت الحكم أن القانون لايوجد مايبرره من ناحية الواقع ، إذ لايوجد مايبرر نسبة الاحتجاز المذكورة (٣٠٪) كما يوجد تفاوت مابين نسبة العقود الممنوحة للأقلية ونسبتهم إلى السكان، ولم تدرس المدينة عدد المقاولين المؤهلين من أعضاء "MBES" فى السوق.

وخلصت المحكمة إلى عدم دستورية القانون إذ إن نسبة الاحتجاز المذكورة لم تكن محبكة تماما ولايمكن تبريرها كإجراء علاجى.

وقد انتقد هذا الحكم القاضى مارشال وأكد على عدم صحة وجهة نظر المحكمة الأساسية المتعلقة بفشل المدينة فى إظهار أن عدم إسناد العقود إلى مقاولى الأقلية يرجع إلى العامل العنصرى وأعلن سيادته أنه يحترم أى تصنيف دستورى بشرط مايلى :

أ - أن يخدم هذا التصنيف الأهداف الحكومية الهامة.

ب - أن يرتبط بها ارتباطا أساسيا.

ورأى أن المحكمة أساءت إلى ضحايا التفرقة العنصرية فى الماضى والحاضر والذين من المفترض أن على الحكومة واجب مساعدتهم وأن الحكم محل الموضوع يسير وفق ذات المنهج.

٢ - قضية Board of Education of Oklahoma City Public School v. Dowell[36]

فى سنة ١٩٦١ رفع آباء التلاميذ دعوى أمام محكمة أوكلاهوما بادعاء أن هناك ضررا لحق بأولادهم من جراء التفرقة العنصرية بالمدارس العامة بمدينة أوكلاهوما.

وفى سنة ١٩٦٣ قضت المحكمة بأن مجلس التعليم بالمدينة يتبنى نظاما عنصريا فى التعليم.

وفى سنة ١٩٧٢ لما وجدت المحكمة أن الجهود التى بذلها المجلس لم تسفر عن إنهاء التفرقة أمرت المجلس بتبنى خططا لإزالتها.

وبعد خمس سنوات من ذلك ، ولما وجدت المحكمة أن المجلس أذعن تماما للحكم وبناء على طلب المجلس بإنهاء القضية ، تم استجابة المحكمة إليه ولم يستأنف هذا الحكم.

وحدث فى سنة ١٩٨٤ تغيرات فى التركيبة السكانية أدت إلى مزيد من تواجد السود فى مدارس البيض، ولمحاولة التلطيف من آثار ذلك تبنى المجلس خطة سميت "SRP" وهو اختصار كلمة " Student Reassignment Plan "

ورأى بعض آباء التلاميذ أن فيها انتهاكا لحقوقهم الدستورية فى المساواة فطالبوا من ذات المحكمة إعادة النظر فى الموضوع.

ورفضت المحكمة إعادة النظر وأكدت أن حكمها نهائى لايقبل المراجعة، إلا أن المحكمة الاستئنافية للدائرة العاشرة ألغت هذا الحكم ورأت إمكانية الطعن على الخطة المسماة "SRP" وأن على المحكمة المركزية بأوكلاهوما أن تقرر فى الأمر.

ولما نظرت تلك المحكمة الدعوى للمرة الثانية رأت أن الخطه لم تكن ذات قصد عنصرى.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا للولايات المتحدة استنادا لما يعرف بالـ Certiorari[37] والذى هو أمر ترفع به المحكمة العليا القضية إليها من المحكمة الأدنى استنادا لما لها من سلطة

الإشراف على المحاكم، ذهبت المحكمة إلى صحة ماقضت به المحكمة المركزية من أن المركز المدرسى لمدينة أوكلاهوما يعمل وفق تعاليم فقرة الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر ، ومن غير المنتظر عودته للطرق السابقة.

وأضافت المحكمة أن أهداف منع التفرقة قد تم تحققها وأنه منذ عهد قضية براون سنة ١٩٥٤ ، والرقابة الفيدرالية على المدارس المحلية تعد أمرا مؤقتا مرتبطا بالقضاء على الآثار المتبقية للتفرقة فى الماضى ، وهو الأمر الذى انتهى حاليا ويفضل من ثم ترك الأمر برمته للسيطرة المحلية بحسبان أن ذلك يحقق أفضل صور المصالح الحكومية.

المطلب الثانى

تقييم موقف المحكمة الحديث من المشكلة العنصرية

إن المشكلة العنصرية ذات خطورة كبيرة – حقا – على الأمة الأمريكية وكانت سببا فى الحرب الأهلية ، وظلت قائمة بعدها ، وكذا بعد حكم المحكمة القيم فى قضية براون[38] وحتى تاريخه.

ويرجع هذا الأمر إلى عدم الالتزام بالنص الدستورى الذى ينهى تلك التفرقة، إذ إن واضعى الدستور وتعديلاته رغبوا بوضوح فى القضاء على هذه المشكلة ، ولماتنته بعد بالنظر إلى وجود أشخاص فى مراكز مؤثرة لايؤمنون بالقضاء على العنصرية.

وهؤلاء الأشخاص موزعون على السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية.

وموقف المحكمة العليا الحديث والظاهر من استعراض القضيتين الآنفتين يوضح جليا هذا الأمر، إذ تؤمن المحكمة العليا بمبدأ الحياد العنصرى ، ومن ثم عدم الالتزام بالنص الدستورى الذى يلزم بإنهاء تلك المشكلة ، وهذا خطأ كبير من محكمة رنكوست نتمنى عدولها عنه.

ففى قضية " **Croson**" تجاهلت المحكمة حقيقة التفاوت بين نسبة العقود الممنوحة لما سمى **MBES** وهى**0,67 %** ، ونسبة سكان الأقلية وهى ٥٠٪ ، ولم تجد أن ذلك يبرر نسبة الاحتجاز المقررة وهى ٣٠٪.

وفى قضية **Dowell** تجاهلت المحكمة أيضا حقيقة أن أكثر من ٥٠٪ من المدارس الابتدائية (٩٠٪) منها ذات عنصر واحد، ولم تجد ذلك كافيا لتبرير القضاء بأن تلك المدارس عنصرية.

وهكذا يظهر جليا أن المحكمة فصلت فى القضيتين الآنفتين متجاهلة واقع الأمر وما يجب أن يؤدى اليه.

ويظهر أن فكرة الحياد العنصرى " **Racial Neutrality** " والتى تؤمن بها المحكمة تؤدى إلى قعودها عن القيام بدورها الدستورى تجاه مشكلة التفرقة العنصرية.

وإذا كانت المحكمة ترفض التصنيفات العنصرية فإننا نرى خطأ ذلك، إذ لابد أن نعتد بالعنصر أولا لإدراك المشكلة ثم معالجتها بعد ذلك، فلابد مثلا أن نعى بداءة أن ٦٧ر٪ من العقود ممنوحة للأقلية، وفى مرحلة تالية نضع علاجا للأمر بمحاولة إعطاء الأقلية نسبة ٣٠٪ على الأقل من العقود حتى يمكن بالتدريج أن نصل إلى علاج جذرى للمشكلة ، ثم فى مرحلة ثالثة وأخيرة نترك الأمر برمته لاقتصاديات السوق بعد ان تكون الأقلية قد وقفت على قدمها واشتد عودها. وهكذا لايمكن علاج التفرقة العنصرية دون وضع تصنيف عنصرى وكما قال القاضى مارشال – حقا – ، فإنه كى ننهى التفرقة العنصرية يجب أن نعتد بالعنصر[39].

المبحث الخامس

حقوق المتهمين الجنائيين

تمهيد:

إن حقوق المتهمين الجنائيين يمكن استخلاصها من التعديلات الرابع والخامس والسادس والثامن والرابع عشر للدستور[40] .

وكان د / كمال أبو المجد قد استخلص فى رسالته بعض المبادىء اللازمة لتحقيق المحاكمة العادلة طبقا للدستور الأمريكى وفى إطار ما أقرته المحكمة العليا الأمريكية، وتلخص تلك المبادئ فى وجود نص قانونى مفهوم يتضمن تحديدا واضحا للسلوك غير المشروع، ومبدأ حياد المحكمة ونزاهتها، وضرورة المحاكمة أمام هيئة المحلفين، والحق فى الدفاع، وعدم إجبار المتهم على الشهادة ضد نفسه، وبطلان التفتيش غير القانونى ، إضافة لبعض الضمانات الأخرى التى ذكرهاسيادته [41]، ومنعا من التكرار والتطويل، ونظرا لاستقرار المبادىء المذكورة فإن مايهمنا فى هذا المبحث هو بيان تأثير الطبيعة المتحفظة لمحكمة رنكوست على حقوق المتهمين . والحق أن تلك المحكمة تميل إلى الانتقاص من تلك الحقوق وعدم تحقيق الحماية الدستورية وذلك يكون بأحد طريقين، أولهماالنظر الموضوعى فى القضايا الجنائية ثم عدم منح الحماية الكافية لتلك الحقوق، وثانيهما هو غلق أو تضييق الطريق المؤدى لنظر القضايا الجنائية أمامها وذلك عن طريق الحد مما يسمى أوامر الإحضار " **Habeas Corpus** " .

وسوف نركز على الطريق الثانى فندرس موقف رئيس القضاة من أوامر الإحضار فى المطلب الأول ثم موقف المحكمة العليا منها فى المطلب الثانى.

المطلب الأول

موقف رئيس القضاة رنكوست من أوامر الإحضار

إن النصوص القانونية المنظمة لأوامر الإحضار تسمح لهؤلاء الذين أدينوا فى محاكم الولاية أو المحاكم الفيدرالية أن يلتمسوا مراجعة قضاياهم بالمحاكم الفيدرالية الأعلى.

وتحقق أوامر الإحضار حماية كبيرة للمتهمين الجنائيين فى الولاية نظرا لأن معظم قضاة الولاية منتخبون ومن ثم غير منعزلين عن المحيط السياسى فينقصهم نتيجة لذلك القدرة على إصدار أحكام البراءة، بالنظر لأن القضاء المنتخب كفكرة هو تعبير عن رغبات الأغلبية أكثر من كونه حماية لحقوق الأقلية.

ولما كانت أوامر الإحضار تنظم بمعرفة النصوص القانونية وليس الدستور، فإن الأمر مرجعه إلى الكونجرس ، ولذلك فقد تعرض الكونجرس لضغوط كبيرة من قبل رنكوست ليحد منها.

وبدأ ذلك بأن طلب رنكوست من مؤتمر رؤساء القضاة المنعقد فى يناير سنة ١٩٨٨ أن يدرس مشكلة أوامر الإحضار فيما يتعلق بعقوبة الإعدام نظرا لأنها تؤدى إلى تأخير التنفيذ لسنين طويلة مما يؤثر على فاعلية القضاء الجنائى ويثقل كاهل المحاكم الفيدرالية.

وانتهى الأمر إلى تعيين القاضى المستقيل « باول » ليترأس لجنة تتولى دراسة الأمر ووضع توصياتها الإصلاحية فيما يتعلق بقضايا عقوبة الإعدام.

وفى سبتمبر ١٩٨٩ قدمت اللجنة مقترحاتها إلى رئيس القضاة وذلك بتعليق تنفيذ عقوبة الإعدام على التظلم الأول فحسب إضافة إلى فرض وقت قصير جدا للمراجعة .

ورغم انتقاد تلك التوصيات من قبل المحكوم عليهم بالإعدام ومناصرى المتهم الجنائى ، فإن رنكوست قدم اقتراحات لجنة باول إلى المؤتمر القضائى للولايات المتحدة للحصول على تصديق القضاة وموافقتهم على اعتبار تلك المقترحات أساسا لتشريع جديد يوصى به للكونجرس.

وقد كان رنكوست واثقا أن المؤتمر إذا وافق على تلك التوصيات فسوف يستجيب الكونجرس للأمر ويصدر تشريعا بها، إذ إنه جرى العمل على أن معظم التشريعات المتعلقة بالاختصاص القضائى للمحكمة العليا كتبت مشاريعها بواسطة القضاة أنفسهم.

وفى سبتمبر ١٩٨٩ قرر القضاة فى المؤتمر القضائى تأجيل القرار حول مقترحات باول حتى اجتماعهم القادم فى مارس ١٩٩٠ وذلك لإجراء مزيد من البحث واستشارة الزملاء.

وهنا فاجأ رنكوست الجميع وقدم الاقتراحات المذكورة للكونجرس دون انتظار مناقشتها بمؤتمر مارس ١٩٩٠ حسبما اتفق عليه القضاة.

وقد أدى مسلك رئيس القضاة رنكوست – الغريب والعجيب – إلى هجوم شديد على رنكوست – شخصيا– ومقترحاته فى مؤتمر مارس ١٩٩٠، وأرسل القضاة خطابات للكونجرس يؤكدون فيها أن الاقتراحات المقدمة لاتمثل إلا وجهة نظر مقدمها وهو رئيس القضاة ولجنة باول، ولاتمثل بحال وجهة نظر القضاء الفيدرالى.

وقد أدى هذا الأمر إلى فشل جهود رنكوست لاستصدار تشريع من الكونجرس بالمقترحات المقدمة منه.

ومع ذلك لم ييأس رنكوست وقرر اللجوء إلى إحداث التغيير المرتقب عن طريق المحكمة نفسها بمساعدة من أغلبيتها المتحفظة [42] .

المطلب الثانى

موقف محكمة رنكوست من أوامر الإحضار

كما أسلفنا لما فشلت جهود الإصلاح التشريعى لأوامر الإحضار حاولت المحكمة تحقيق مضمونه عن طريقها، وقد بدأت هذه المحاولات حتى قبل فشل الإصلاح التشريعى المرغوب بواسطة حكمين كتبتهما القاضية ساندار فى قضيتين [43] متتاليتين سنة ١٩٨٩ للإقلال من مجال أوامر الإحضار المبنية على حقوق دستورية جديدة أو على قواعد أعلنت بعد صيرورة الإدانة نهائية.

وإذا كان القضاة المتحفظون فى الأصل يدعون تقيدهم القضائى وخضوعهم لما يقرره الفرعان المنتخبان من قبل الشعب، إلا أنه فيما يتعلق بأوامر الإحضار فقد تم تغييرها لتحقيق فعالية للمحاكم الفيدرالية وللأحكام الجنائية ، وفى هذا فرض لفلسفتهم وفكرهم وخروج على ما انتهجه الكونجرس من رفض إصدار القانون المرغوب.

وماتسلكه محكمة رنكوست يعد فى حقيقته نشاطا وليس تقيدا، وقد يؤدى إلى انتهاك حقوق المتهمين الجنائيين وعدم العدالة فى بعض الأحوال حسبما يظهر من المثالين الآتيين:

١ - قضية **Butler v. Mckellar** :[44]

تلخص وقائعها فى أن المدعو **Butler** أدين بالإعدام لارتكابه اغتصابا وحشيا وقتلا لإحدى النسوة فى جنوب كارولينا، وذلك بعد سؤاله بوليسيا حيث كان محبوسا فى السجن بتهمة أخرى لاعلاقة لها بالأمر وكان المتهم قد مثله محام فى التهمة الأخيرة، إلا أنه وقع على إقرار بتنازله عن حقه فى حضور محام أثناء سؤاله فى تهمة الاغتصاب والقتل. وترتيبا على تنازله سئل، وأدين اعتمادا على نتيجة سؤاله بالإعدام لارتكابه قتلا من الدرجة الأولى.

وطعن **Butler** على إدانته أمام المحكمة الاستئنافية بحسبان أن سؤاله دون حضور محاميه يعد انتهاكا لحقوقه الدستورية ، وانتهت تلك المحكمة لرفض الاستئناف.

وفى نفس اليوم كانت المحكمة العليا للولايات المتحدة قد أصدرت حكما فى قضية أخرى[45] مقتضاه ،أنه عندما يحبس شخص فى جريمة قتل مثل فيها بواسطة محام فإن البوليس لايستطيع أن يسأله عن تهم أخرى مختلفة بدون حضور المحامى.

وعندما التمس المتهم من المحكمة العليا إحضار القضية استنادا إلى انتهاك حقوقه بواسطة البوليس، رأت أغلبية المحكمة المكونة من خمسة قضاة أن القاعدة القضائية المتعلقة بالإحضار تمنع المتهم من الاستفادة بحق جديد يتعلق بالإجراء الجنائى.

ورغم أن سؤال البوليس للمتهم غير مسموح به إلا أن تلك القاعدة القضائية المقررة يجب ألا تنطبق بأثر رجعى.

وقد أكد القضاة المحتجون على الحكم أن الكونجرس وليس المحكمة هو المسئول عن حدود حق أوامر الإحضار، وأن الأغلبية التى كثيرا ماتفاخر أعضاؤها بعدم رغبتهم فى انتهاك الحقوق المقصورة على المشرع أخلت بحق الكونجرس والمتهمين الجنائيين بالولاية .

ونرى أن ماتنتهجه محكمة رنكوست حاليا يؤدى كثيرا إلى إعدام أشخاص ربما لو سمحت المحكمة بقبول التماسهم موضوعيا لما أعدموا.

وينطبق مانراه على القضية السالفة إذ أسفرت تحقيقات جريدة الواشنطن بوست أن المتهم حقيقة يعانى من تخلف عقلى وأن عمره العقلى لايزيد بحال عن تسع سنوات ، وبعمل التحليل الذكائى له المسمى **"IQ"** [46] تبين انخفاض مستواه الذكائى لدرجة كبيرة حيث دخل السنة الأولى الابتدائية وعمره ١٢ سنة وانتقل للسنة الثالثة وعمره ١٦ سنة وفشل وترك الدراسة ، ومن ثم فهناك شكوك كبيرة حول قدراته العقلية وإدراكه للتنازل عن حقوقه فى مثول محاميه ومايمكن أن يترتب على ذلك من آثار.

وأضافت الصحيفة [47] أن محامى المتهم لم يدفع بكل ذلك لنقص خبرته الواضح من تقاضيه ثلاثمائة دولار فى القضية بينما المعتاد فى أمثالها تقاضى عشرة آلاف دولار، ولم يدافع المذكور عن موكله أكثر من عشر دقائق.

وأعلن النائب العام أنه لو علم بتخلف المتهم عقليا ماسعى أبدا لإدانته، وأضافت الصحيفة أن

مندوب وكالة التحقيقات الأمريكية أكد أن خصلة الشعر الموجودة على قميص المجنى عليها ليست هى خصلة المتهم.

٢ - قضية McCleshey v. Zant [48]:

تلخص وقائع تلك القضية فى أن أمريكيا زنجيا قضى عليه بالإعدام فى جورجيا استنادا لقتله أحد رجال البوليس البيض أثناء سطوه على أحد المتاجر ، وقد قدم المتهم فى التماسه الأول بإحضار القضية إحصاءات تثبت تعرضه لتفرقة عنصرية فى الإدانة، إذ عندما يكون المقتول أبيض فإن احتمال الحكم بالإعدام على القاتل يزيد أربعة أضعاف وثلاثة من عشرة عنه لو كان القتيل أسود.

وقد رفضت المحكمة الالتماس لرفضها الاعتماد على هذه الإحصاءات. وتقدم المتهم بالتماس آخر مؤداه أن المتهم كان قد أكد على حقه فى حضور محام أثناء سؤاله بالبوليس فلم يستطع البوليس أن يسأله مباشرة لاعتقاده فى عدم فعاليته، فلجأ لحيلة تقوم مقام السؤال ألا وهى أنه أنزل مخبرا بالزنزانة التالية له تصادق مع المتهم ثم شهد عليه بما يخل بحقوق المتهم الدستورية.

وهنا أيضا رفضت المحكمة الالتماس استنادا إلى أن الدفع الجديد كان يجب تقديمه مع الالتماس الأول ، إذ إن محامى المتهم يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم من ملف القضية وأوراقها أن هذا الجار هو مخبر سرى .

وهكذا ضيقت المحكمة تماما من مجال الالتماس الثانى بحيث إن معظم - إن لم يكن كل - الدفوع لامجال لها بعد إدانة المتهم إلا بالتماسه الأول وأصبح من النادر قبول الالتماس الثانى .

ولاشك أن مادفع به المتهم كان موجها ضد شرعية الاتهام الموجه له ورغم ذلك لم تأخذ به المحكمة وأعدم المذكور رغم أن أحدا لم يشهد واقعة القتل بنفسه [49].

ولاشك فى خطورة مسلك محكمة رنكوست الآنف على فعالية العدالة إذ يؤدى - فى بعض الأحيان - إلى إعدام أبرياء وهو الأمر الذى لانؤيده.

المبحث السادس

الفصل بين السلطات

المطلب الأول

مبدأ الفصل بين السلطات

لايتضمن الدستور الأمريكى أى نص صريح يقرر مبدأ الفصل بين السلطات، غير أن الشراح يرون رغم ذلك أن نصوص الدستور المختلفة تفترض قيام هذا المبدأ وتلتزم مقتضاه فى توزيع الوظائف الحكومية على السلطات الثلاث.

- فالمادة الأولى التى تنظم السلطة التشريعية تقرر أن جميع السلطات التشريعية المقررة

بمقتضى هذا الدستور يمارسها الكونجرس.

– والمادة الثانية التى تنظم السلطة التنفيذية تقرر أن السلطة التنفيذية يعهد بها إلى رئيس الولايات المتحدة.

– وأخيرا تقرر المادة الثالثة أن السلطة القضائية تمارسها محكمة عليا وعدد من المحاكم الدنيا[50].

وقد قصد الدستور مما تقدم منع تراكم السلطة لدى فرع واحد إذ سيؤدى ذلك لو حدث إلى الطغيان " **tyranny** " ، وعمد الدستور إلى تحقيق نوع من الفحص والتوازن بين الأفرع الثلاثة **"checks and balances"** .

وعلى سبيل المثال فإن الرئيس يستطيع أن يعترض ويمارس حق الفيتو على مشروعات القوانين المرسلة إليه، كما أن مجلس الشيوخ- وكما أسلفنا- يجب أن يؤيد ترشيح الرئيس لقضاة ورئيس المحكمة العليا وغيرها من المناصب الهامة (م ٢ فقرة «٢» من الدستور).

ولاشك أن هذا الفصل المشرب بروح التعاون هو الأفضل إذ لايجوز أن يكون الفصل مطلقا.

ورغم أن الدستور يحدد القواعد الأساسية للسلطات الثلاث والعلاقات بينها إلا أنه لايجيب بوضوح على كل الأسئلة والمشاكل التى يمكن أن تظهر.

ويرى أرشيبالد كوكس[51] أن ذلك من قوة الدستور إذإنه يسمح للتفاصيل المتعلقة بالنظام الحكومى أن تتغير بواسطة الشعب وطبقا للتغيرات الاجتماعية وهكذا فإن غموض الدستور هذا هو نقطة قوة وليس نقطة ضعف.

ويرى لويس فيشر[52] أن أى فراغ تركه الدستور غير منصوص عليه صراحة يعتمد فى حله على الأفرع الثلاثة للحكومة ذاتها، إذ يحدث أن يقوم أحد الأفرع بالأمر وينتظر رد فعل الفرعين الآخرين من حيث القبول أو الرفض فإن حدث التحدى والرفض تقوم المحكمة العليا بالفصل فى الأمر.

وإذا كان القضاء طرفا فى النزاع فإن القبول الاجتماعى حينئذ هو مصدر القوة الحقيقى للسلطة الجديدة المختلقة.

ومثال ذلك أن المحكمة العليا قررت فى قضية ماربرى بأحقيتها فى رقابة الدستورية رغم عدم وجود نص صريح بالدستور يخولها هذه السلطة، ورغم ذلك فإن الاستخدام المتكاثر للحق فى الرقابة لم يحدث إلا لما تحقق لها القبول الشعبى بعد الحرب الأهلية الأمريكية.

وتعد قضية[53] الولايات المتحدة ضد نيكسون مثالا آخر لأهمية القبول الاجتماعى كمصدر لقوة المحكمة وماتقره من قواعد جديدة.

وكان النزاع فى هذه القضية يتعلق برفض نيكسون تسليم أحاديثه المسجلة داخل البيض الأبيض للمحقق الخاص فى القضية استنادا لما يعتقده نيكسون من وجود مايسمى امتيازات تنفيذية **" ex-ecutive privileges"** تخوله كرئيس أن يمتنع عن تسليم تلك الأحاديث لأى جهة كانت، وبمعنى آخر فإن للفرع التنفيذى (السلطة التنفيذية) امتيازات على وثائقه وأحاديثه تجعلها منيعة وحصينة بحيث لايجوز لسلطة أخرى أن تطلع عليها.

ولما كان المحقق الخاص فى القضية يؤمن بأهمية هذه الأحاديث كدليل إثبات فى القضية، فقد

أصبح الصراع أمام المحكمة العليا حول الأولوية واجبة الاعتبار حال المقارنة بين الاستجواب الجنائى وتلك الامتيازات التنفيذية، وقد انتصرت المحكمة للاستجواب الجنائى.

ولما كانت المحكمة العليا لاتملك السلطة اللازمة لتنفيذ الحكم، فقد كان يمكن لنيكسون أن يمتنع عن تنفيذه، خاصة وأن تنفيذه يعنى القضاء على مستقبله السياسى كرئيس، إلا أنه وصله ضغط هائل من قبل الكونجرس والشعب بصفة عامة ومن ثم أذعن لتنفيذ الحكم.

وعندما تواجه المحكمة العليا بسلطة مختلقة من أحد الأفرع، فإنها تكون بين موقفين اثنين لاثالث لهما، إذ إنها إما أن تؤيد السلطة المختلقة رغم عدم وضوح النص عليها أو تتمسك بفصل السلطات وبصراحة الدستور.

المطلب الثانى

قضايا فصل السلطات

وسوف نستعرض بعض القضايا[54] المتعلقة بفصل السلطات لنتبين موقف المحكمة منها:

١ - **قضية** [55] **Bowsher v. Synar :**

تلخص وقائع هذه القضية فى أنه فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٥ أصدر الرئيس قانون توازن الميزانية والسيطرة على العجز الطارىء والمعروف باسم " **Gramm - Rudman - Hollings Act** " ، والذى يهدف إلى استئصال العجز فى الميزانية فى الخمس سنوات التى تمتد من ١٩٨٦ – ١٩٩١ ليصل إلى صفر فى سنة ١٩٩١. فإذا حدث فى أى عام مالى عجز فى الميزانية تجاوز كمية معينة فإن القانون يتطلب أن تقوم جميع الجهات بالاقتطاع من ميزانيتها للوصول إلى مستوى العجز المقبول ، ويتم اقتطاع نصف النفقات من البرامج الدفاعية، والنصف الآخر يتم من البرامج غير الدفاعية ، وأعفى القانون برامج معينة ذات أهمية من ذلك الاقتطاع.

وهذا التخفيف الأتوماتيكى يتم من خلال إجراءات معقدة، إذ إن مديرى مكتبين يسمى أحدهما **The Office of Management and Budget** ويطلق عليه اختصارا " **OMB** " ، ويسمى الآخر **The Congressional Budget Office** ويطلق عليه اختصارا " **CBO** " ، يقومان بصورة مستقلة بتقدير العجز فى الميزانية خلال عام قادم فإن تجاوز هذا العجز القدر المسموح به بنسبة معينة ، فهنا على كل مدير للجهازين السالفين أن يحسب الخصومات الضرورية فى البرامج الفيدرالية بما يؤدى إلى تخفيض العجز إلى مالايزيد عن القدر المسموح به، وعلى المديرين سالفى الذكر أن يقدما تقريرهما إلى المراقب العام " **The Comptroller General** " .

وعلى المراقب العام بعد مراجعة التقريرين المذكورين رفع تقرير بذلك لرئيس البلاد الذى عليه أن يصدر أمرا باحتجاز النفقات المقترحة من الميزانيـــة " **sequestration order** " .

وعلى الكونجرس أن يتدخل ويصدر تشريعا بخصم النفقات المطلوب خصمها لتدارك الأمر كليا أو جزئيا، فإن لم يفعل غدا أمر الحجز الرئاسى نافذا.

ونظرا لأن المشرع توقع وجود طعون دستورية للإجراءات السالفة فقد قرر أنه فى حالة القضاء

بعدم دستورية هذه الإجراءات فإن تقريرى المديرين سالفى الذكر يقدمان مباشرة للجنة تشكل من الكونجرس وقتيا لتخفيض العجز، وعلى تلك اللجنة أن تقدم تقريرا لمجلسى البرلمان، والذى عليه أن يصدر تشريعا حول الأمر يكون هو الأساس لأمر الحجز الرئاسى.

وقد حدث خلال ساعات من إصدار الرئيس للقانون المذكور أن أحد أعضاء الكونجرس المعترضين على القانون ويدعى "Synar" سعى لإصدار أمر باعتبار أن القانون غير دستورى وانضم إليه أحد عشر عضوا من زملائه المعترضين.

وقررت المحكمة الفيدرالية المركزية أن دور المراقب العام فى تحقيق خصم الميزانية يخالف ماقصده الدستور من فصل السلطات، إذ إن هذا المراقب العام يمارس مهاما تنفيذية ويعين من الرئيس بموافقة مجلس الشيوخ، أما عند عزله فإنه – وحسب القانون – يعزل فحسب بالاتفاق المشترك من قبل مجلسى البرلمان أو بواسطة الاتهام الجنائى.

ولما طعن على الحكم أمام المحكمة العليا أصدرت حكما بأغلبية خمسة أعضاء مؤيدة فيه الحكم المطعون عليه.

وقد أوضحت المحكمة العليا فى أسبابها فكرة الفصل بين السلطات، وأن تجميعها يؤدى للطغيان، واستخلصت بعد استعراضها لسوابقها فى القضايا المشابهة أن الكونجرس لايستطيع أن يحتفظ لنفسه بسلطة عزل موظف يقوم بمهام تنفيذية عدا سلطة الاتهام الجنائى " **impeachment** " المنصوص عليها دستوريا ولو حدث ذلك لسيطر الكونجرس على تنفيذ القوانين وهو مالايسمح به مبدأ الفصل بين السلطات.

ولاحظت المحكمة أن خدمة المراقب العام تنتهى بقرار مشترك من مجلسى الكونجرس فى الأحوال الآتية :

١ – الإعاقة الدائمة **permanent disability**

٢ – عدم الكفاءة **inefficiency**

٣ – إهمال الواجب **neglect of duty**

٤ – الإقدام على عمل محظور **malfeasance**

٥ – اقتراف جريمة أو سلوك غير أخلاقى

a felony or conduct involving moral turpitude

وذهبت المحكمة إلى أن هذه العبارات شديدة الاتساع ، إضافة إلى أنها تجعل هذا المراقب مرءوسا للكونجرس ، وهو الأمر الذى لم ينكره الكونجرس أو المراقب نفسه.

ومن حيث إن المسئولية الأساسية للمراقب العام هى عبارة عن إعداد التقرير الذى يحتوى على التقديرات التفصيلية لمشروعات الدخل والإنفاق الفيدرالية، والخصومات الضرورية لتحقيق التوازن وفق نصوص القانون، ولما كان ذلك هو عبارة عن وظيفة تنفيذية لما تنطوى عليه من طابع تقديرى مؤثر فى تنفيذ القانون.

ومن حيث إن الكونجرس ينتهى دوره بوضع القانون إذ إنه ما أن يحدد اختياراته فإن دوره ينتهى حينئذ ولايعود ثانية إلا بإصدار تشريعات جديدة، فمن ثم لايجوز أن يكون له سيطرة على تنفيذ القانون.

وبتطبيق ماتقدم على الوقائع وجدت المحكمة أن الكونجرس يضع مسئولية تنفيذ قانون الميزانية فى يد موظف معرض للإقالة من قبله، الأمر الذى يعنى أن الكونجرس احتفظ بالسيطرة على السلطة التنفيذية خلافا للدستور ومبدأ فصل السلطات، وعليه انتهت المحكمة إلى عدم دستورية القانون.

وقد أيد القاضيان ستيفنز و مارشال الحكم وإن اختلفا معه فى الأسباب، حيث إنه لايجوز للكونجرس أن يخول المراقب العام سلطته السالفة، بحسبان أن تخفيض العجز فى الميزانية هو أمر من اختصاص الكونجرس وحده، وذلك بقانون يرسل مشروعه إلى الرئيس الذى عليه إما أن يصدره أو يعترض عليه.

٢ - قضية (56) Morrison v. Olson :

أصدرت المحكمة حكمها فى هذه القضية بأغلبية سبعة من القضاة بدستورية النصوص القانونية المتعلقة بالمستشار المستقل المنصوص عليه بالقانون الصادر سنة ١٩٧٨، لأنها لاتخالف فقرة التعيينات أو المادة الثالثة من الدستور أو مبدأ الفصل بين السلطات.

وتلخص وقائع القضية فى أن القانون المسمى **"Ethics in the Government Act"** يسمح بتعيين مستشار مستقل **"independent councel"** لإجراء الاستجواب اللازم لموظفين من مستوى عال حال انتهاكهم للقوانين الجنائية الفيدرالية، وقد طلب القانون من النائب العام عندما تصله معلومات كافية للاستجواب قبل شخص خاضع للقانون الآنف ، أن يبدأ معه استجوابا مبدئيا ، وعندما يكمل استجوابه أو ينقضى ٩٠ يوما على بدايته ولم ينته من الاستجواب بعد، فإن عليه أن يعد تقريرا يعرضه على محكمة خاصة ينص القانون المذكور على تشكيلها ، بغرض تعيين مستشار مستقل إذا مارأى النائب العام أن هناك مايدعو لذلك. وهناك نصان بالقانون المذكور يتكلمان عن إنهاء عمل المستشار المستقل :

الأول : يقرر أنه يمكن عزل ذلك المستشار إما بواسطة الاتهام الجنائى أو بواسطة عمل شخصى من النائب العام ولسبب مبرر فقط، كالعجز المادى أو عدم القدرة العقلية، أو لغير ذلك من الأسباب المؤدية لعدم القدرة على أداء الواجبات.وإذا تم عزل المستشار المستقل فإن على النائب العام أن يقدم تقريرا إلى كل من المحكمة الخاصة سالفة الذكر واللجنة القضائية لكل من مجلسى الشيوخ والنواب يحدد فيه الأسباب التى أدت إلى العزل.

الثانى : النص الذى يقرر أن عمل ذلك المستشار ينتهى بعد تقديم مذكرة للنائب العام بانتهاء عمله الموكل إليه قانونا.

كما يمكن للمحكمة المخصوصة **" Special Division "** إما من تلقاء نفسها أو بناء على اقتراح النائب العام إنهاء عمل المستشار المستقل إذا مارأت اكتمال المهمة أو أنه من الأفضل أن يكملها النائب العام.

وقد بنى الطعن على سببين على النحو التالى :

السبب الأول : إن القانون المطعون فيه يخالف نص المادة (٢/٢) من الدستور والتى تخول رئيس الدولة بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين كبار الموظفين[57] .

وذهبت المحكمة بصدده إلى أن ذلك المستشار المستقل ليس من فئة الموظفين الكبار الذين يجب أن يكون تعيينهم من قبل رئيس الدولة وبموافقة مجلس الشيوخ، وإنما هو من الموظفين الأقل الذين يمكن للكونجرس أن يخول التعيين بشأنه للرئيس وحده أو لمحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات .

وقد استندت المحكمة فى ذلك لمايلى :

أ – إن المستشار المستقل يمكن عزله بواسطة موظف أعلى منه.

ب –إن مهمته محدودة.

جـ – إنه يتصرف فى حدود الاختصاص القضائى المحدود المعطى له من قبل المحكمة المخصوصة بناء على طلب النائب العام .

د – إن مدة عمله مؤقتة لارتباطها بعمل معين .

ويقوم السبب الثانى من الطعن على مخالفة القانون للمادة الثالثة من الدستور ولمبدأ الفصل بين السلطات ، بحسبان أن تلك المادة تمد عمل السلطة القضائية فحسب إلى القضايا والنزاعات لتفصل فيها، ومن ثم فالمبدأ يمنع المحاكم من التوغل فى عمل تنفيذى أو تشريعى منعا من الطغيان من ناحية وحفاظا على استقلال القضاء من ناحية أخرى، وقد خالف القانون المادة الثالثة لأنه أعطى المحكمة المخصوصة سلطة اختيار موظف تنفيذى هو المستشار المستقل.

وذهبت المحكمة إلى رفض هذا الوجه من الطعن على ركيزة من أن فقرة التعيين (م٢/٢من الدستور) تمكن الكونجرس بالنسبة للموظفين الأقل أن يخول تعيينهم للرئيس وحده أو لمحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات.

وإذ المحكمة المخصوصة محكمة قضائية، والمستشار المستقل من الفئة الأقل فلا مخالفة دستورية فى الأمر.

كما أنه لامخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات ، إذ لاتشمل تلك القضية حقيقة على محاولة زيادة الكونجرس لسلطته على حساب السلطة التنفيذية، وإنما تتركز شبهة مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات فى الادعاء باغتصاب القضاء للسلطة التنفيذية وهو الأمر المنتفى، إذ يعين المستشار المستقل أصلا بناء على طلب النائب العام، الذى لايستطيع أن يعين شخصا من اختياره ولا أن يحدد الاختصاص القضائى له، وأوضحت المحكمة أن المستشار مستقل لحد كبير عن أى محقق فيدرالى مما يشير إلى ضعف سيطرة النائب العام وبالتالى رئيس البلاد على ذلك الموظف التنفيذى الذى يقوم بمهام تنفيذية وهى الاستجواب والتحقيق ، إلا أنه لما كان القانون يسمح بإقالة المستشار من قبل النائب العام ولسبب مبرر ، إضافة إلى أن النائب العام هو الذى يطلب تعيينه أصلا، فمن ثم خلصت المحكمة إلى أن الأمر ينطوى على توازن معقول وليس فيه إقلال من السلطة التنفيذية أو إخلال بالتوازن المفترض بينها وبين السلطة القضائية، كما أنه لايقلل من إمكانيات رئيس البلاد فى أداء مهامه الدستورية.

وقد اعترض القاضى سكاليا على الحكم ورأى أن الحكم المطعون عليه أمام المحكمة العليا بعدم

دستورية القانون كان ينبغى تأييده ، لأن المحقق الجنائى يقوم حقيقة بعمل تنفيذى، ولأن عمل المستشار المستقل يحرم الرئيس من حق الانفراد بالسيطرة على الأعمال التنفيذية .

وقد ضرب سكاليا مثالا بالسلطة التشريعية ، إذ إنها لو فوضت اختصاصها التشريعى فإن القانون المفوض يكون غير دستورى وليس هناك محل للتساؤل حول ما إذا كان القانون المفوض هذا قد انطوى على سيطرة كافية للكونجرس على التشريع من عدمه.

إذ يجب من وجهة نظر سكاليا أن تمارس السلطة التشريعية بكامل حذافيرها عن طريق الكونجرس .

وهكذا رأى سكاليا أن المحكمة أصدرت حكمها دون أساس كاف يوضح أساس استبعاد الاستجواب والتحقيقات الخاصة بكبار الموظفين من سيطرة رئيس الدولة نفسه.

هذا إضافة إلى أنه فى ظل النظام الأمريكى الحكومى فإن فحص أعمال المحقق هو عمل سياسى بالدرجة الأولى، إذ إن المحقق يختاره ويعزله رئيس الدولة الذى اختاره الشعب ووثق فيه ، ولما كان رئيس الدولة ليس من سلطاته اختيار شخص المستشار المستقل ، فإنه إذا حدث وأجرى الأخير تحقيقاته بغير عدالة فإن النتائج السياسية من جراء ذلك سوف تعود – ظلما – على الرئيس المنتخب وإدارته، رغم أنه لم يختر المستشار ابتداء.

٣ - قضية [58] **Mistretta v. United States :**

تلخص وقائع هذه القضية فى أن الكونجرس أصدر قانونا ينظم لجنة الولايات المتحدة للعقوبة المسماة **United States Sentencing Commission** والتى تتولى وضع الإرشادات الجزائية التى على القاضى الجنائى اتباعها، وإن جاز له الخروج عليها حال إدراكه أن وقائع القضية تدعو للتشدد أو التخفف مما تقرره اللجنة، وعندئذ عليه أن يذكر الأسباب التى أدت تحديدا إلى ذلك .

واللجنة المذكورة هى لجنة مستقلة داخل الفرع القضائى ، وتشكل من سبعة لهم حق التصويت من بينهم رئيسها ، والذى يعينه رئيس البلاد بعد موافقة مجلس الشيوخ، ويجب أن يكون ثلاثة من أعضائها من القضاة الفيدراليين، ولايجوز أن يكون أربعة من أعضاء اللجنة منتمين لحزب واحد.

هذا ويمكن عزل رئيس اللجنة وأعضائها من قبل الرئيس حال إهمالهم فى واجباتهم أو سوء استخدامهم لسلطاتهم أو غير ذلك من الأسباب الجدية.

والعضوية باللجنة لمدة ست سنوات تجدد لمرة واحدة فقط .

وفى ١٠ ديسمبر ١٩٨٧ اتهم المدعو **Mistretta** وآخرون بالاتجار فى المخدرات وقدموا للمحكمة المركزية للولايات المتحدة – بميسورى – فدفع المتهم بعدم دستورية الإرشادات التى وضعتها اللجنة بحسبانها تعد انتهاكا لفقرة التأسيس ولمبدأ الفصل بين السلطات، إذ يمثل الأمر تفويضا من قبل السلطة التشريعية غير جائز.

وعندما وصلت القضية للمحكمة العليا بناء على طعن **Mistretta** لعدم أخذ المحكمة الأدنى بوجهة نظره، ذهبت المحكمة إلى أن فصل السلطات لايمنع الكونجرس من الاستعانة بالفرعين الآخرين، وأنه فى ظل مجتمع متشابك فإن الكونجرس لايستطيع أداء مهامه بكفاءة حال غياب القدرة على تفويض السلطة فى حدود معينة، وذهبت المحكمة إلى أن التفويض فى الواقعة محل الموضوع

يتفق تماما مع المتطلبات الدستورية.

وعن الفصل بين السلطات ذهبت المحكمة إلى أن الفصل الحقيقى الذى قصده واضعو الدستور هو الفصل النسبى ولم يقصد به البتة أن تكون الأفرع الثلاثة لاسيطرة لها على بعضها، وإنما قصد أن يوجد نوع من الفحص والتوازن بين تلك الأفرع.

واذا كان الدستورفى ظاهره قد وزع السلطة لضمان الحرية فإن الواقع قد أدى لنشأة الحكومة المتعاونة.

وبالنسبة للفرع « السلطة » القضائى خاصة رأت المحكمة أن فصل السلطات قصد به بالنسبة إليه ألا يوكل لهذا الفرع مهام من الأفضل أن يتولاها غيره ، وأى نص يهدد استقامة ونزاهة العملية القضائية لابد وأن يقضى بعدم دستوريته.

وعمل اللجنة المذكورة ليس فيه إخلال بالتوازن بين الأفرع الثلاثة . ورغم أن تلك اللجنة داخل الفرع القضائى إلا أنها لاتمارس سلطات قضائية بحتة – من حيث الواقع – إذ إنها ليست محكمة ، ولايبرر وضعها داخل الفرع القضائى سوى أن دورها يشبه دور القاضى الذى يقرر العقوبة المناسبة على الجريمة المقترفة.

وإذا كان للجنة المذكورة دور سياسى واضح فإن ذلك لايعنى أنها غير دستورية إذ إن فصل السلطات لم يقصد به البتة أن يكون كل ماهو موضوعى يخالف كل ماهو إجرائى ، وكل ماهو سياسى يخالف كل ماهو قضائى.

وبمعنى آخر فإنه يجب تقييم الموقف حقيقة فى إطار عملى مع مراعاة اعتبارات المادة الثالثة، ومن ثم فإن وضع اللجنة داخل الفرع القضائى لايمثل أى تهديد لاستقامة العملية القضائية ، ولايمد السلطة القضائية خارج الحدود الدستورية.

وعن تشكيل اللجنة المذكورة أشارت المحكمة إلى أن القاضى لايعين باللجنة دون رضاه، وأنه لم يثبت فى يقين المحكمة أن خدمة القضاة الفيدراليين باللجنة سوف يؤثر عمليا على عمل الفرع التشريعى أو نزاهته.

وعلى ذلك تغدو اللجنة وسيلة لتطوير القواعد المطبقة بواسطة السلطة القضائية.

وقد اعترض القاضى سكاليا على هذا الحكم مؤكدا أنه لايجد فى الدستور مايسمح لأية وكالة أو هيئة يخلقها الكونجرس أن تمارس سلطة وضع القوانين، إذ إن وضع القوانين هو سلطة مقصورة على الكونجرس.

ولاشك أن هذا الحكم سيشجع الكونجرس – بالباطل – على تفويض سلطاته التشريعية، وهو مالايجوز.

المبحث السابع

الفيدراليــة

سبق لنا أن تناولنا تفصيلا موقف أنصار الفيدرالية [59] وخصومها من الرقابة، والقاعدة أن الحكومة المركزية لايجوز لها أن تمارس أى نوع من السلطات غير تلك التى فوضت إليها بالدستور، إذ إن الدستور بمواده السبع وتعديلاته التى بلغت ٢٦ تعديلا حتى الآن يتضمن تعدادا حصريا محددا للسلطات التى يمكن أن تمارسها السلطة المركزية بفروعها الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية، ولذلك سميت الحكومة المركزية بالحكومة ذات السلطات المفوضة **delegated powers**، ورغم ذلك فقد جرى الاعتراف للحكومة بما يسمى بالسلطات المتأصلة **inherent powers**، وهى نوع من السلطات لابد من الاعتراف بها لأية دولة ذات سيادة سواء ورد النص عليها بالدستور أو لم يرد. ومثال تلك الأخيرة ما أقرته المحكمة العليا من أحقية الرئيس الأمر يكى فى ضمان تنفيذ القوانين تنفيذا أمينا وبمقتضى تلك السلطة يستطيع الرئيس أن يتخذ كافة الإجراءات لتنفيذ القوانين وحماية الحقوق والحريات الفيدرالية، وتوجد درجة أدنى من تلك المتأصلة تسمى السلطات الضمنية وتلك معترف بها للحكومة المركزية استنادا لما يمكن استخلاصه ضمنا من النصوص الدستورية منفردة أو مجتمعة، ومن ذلك أحقية الكونجرس فى وضع النصوص الدستورية موضع التنفيذ عن طريق ماهو ضرورى ومناسب **" necessary and prop-er "**، وسند ذلك ماورد بالفقرة الأولى من المادة الثامنة من الدستور والتى تجعل للكونجرس السلطة فى سن جميع القوانين الضرورية والمناسبة لكى يضع موضع التنفيذ السلطات التى يقررها الدستور[60].

وتحديد حدود السلطات المفوضة والمتأصلة والضمنية هو من الأمور التى للمحكمة العليا فيها القول الفصل.

ويختلف موقف المحكمة بحسب غلبة الطابع المتحفظ عليها أم المتحرر إذ منذ نشأة الولايات المتحدة والمتحفظون يساندون حقوق الولايات ويعارضون تقوية السلطة المركزية ، أى أنهم يعتبرون من خصوم الفيدرالية.

ويجد الفكر المتحفظ ركيزته فى التمسك بحرفية التعديل العاشر من الدستور والذى ينص على أن « السلطات التى لم تفوض للولايات المتحدة بمقتضى الدستور ، ولم تحظر بواسطته على الولايات يحتفظ بها للولايات كل على حده أو للشعب»، وقبل المواجهة مع روزفلت سنة ١٩٣٧ كانت المحكمة العليا المتحفظة تستند للتعديل العاشر المذكور كى تقضى بعدم دستورية الكثير من القوانين الفيدرالية ذات الطبيعة الاقتصادية التى تحد من عمالة الطفل أو تضع حدا أدنى للأجور، أو أقصى لتشغيل المرأة بوصف أن ذلك انتهاكا لسيادة الولايات.

وبعد المواجهة مع روزفلت الديمقراطى وبعد التعيينات التى أجراها عدلت المحكمة عن اتجاهها السالف وأيدت سياسة المعاملة الجديدة [61] .

وقد ظهر خلال هذه الفترة اتجاه قوى نحو تأييد الفيدرالية ، وإخضاع المحكمة العليا لما يقرره الكونجرس ، وعبر عن هذه الروح بجدارة المدعو **Herbert Wechsler** [62] فى مقالة شهيرة له قرر فيها صراحة أن مصالح الولايات ممثلة فى الكونجرس، وعلى ذلك فإن العملية السياسية سوف تحمى تلك المصالح ولاحاجة للحماية القضائية.

وإذا كان الديمقراطيون يميلون إلى تأييد التنظيمات الفيدرالية فى المجال الاقتصادى فإن ذلك مناطه أن تراعى تلك التنظيمات الحقوق والحريات المنصوص عليها بوثيقة الحقوق.

فمثلا إذا استعمل الكونجرس سلطاته التنظيمية ليغلق عددا من الصحف بإحدى القرى داخل إحدى الولايات فهنا يميل الفقه الديمقراطى الجديد إلى عدم دستورية هذا التشريع لا على أساس انتهاكه لفقرة التجارة بين الولايات ، ولكن على أساس انتهاكه لحرية الصحافة والتعبير بالتعديل الأول.

ورغم أن رنكوست متحفظ ومضاد للفكر الديمقراطى إلا أنه وعلى مايبدو اقتبس ذات طريقة التفكير ليحيى مبدأ معارضة الفيدرالية وينعش التعديل العاشر. فيؤمن رنكوست أنه لايهم قدر التجارة التى يملك الكونجرس تنظيمها إذ ستكون تلك التنظيمات غير دستورية إذا ما انتهكت حرية الولايات المحفورة داخل التعديل العاشر [63].

ويلاحظ أن المحكمة لم تقض بعدم دستورية قانون صادر عن الكونجرس لانتهاكه لفقرة التجارة بين[64] الولايات ، إلا مرة واحدة مابين سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٩٢، وكان ذلك سنة ١٩٧٦[65] فى قضية مد فيها الكونجرس تنظيمات الأجور وساعات العمل الفيدرالية لتنطبق على موظفى الولاية. وكتب رأى المحكمة القاضى رنكوست قبل أن يصبح رئيسا للقضاة معلنا أن الدستور لايسمح للحكومة الفيدرالية أن تمد سلطاتها إلى الولايات بما يؤدى إلى خضوع حكومة الولاية للسيطرة الكاملة للحكومة المركزية .

وبعد تسع سنوات لاقى الجمهوريون هزيمة مؤثرة لأفكارهم فى قضية **Garcia** [66] سنة ١٩٨٥، حيث عدلت المحكمة العليا صراحة عن السابقة السالفة ورأت أنه من غير الممكن للمحكمة أن تحدد المعايير التى عندها تغتصب القوانين الفيدرالية حقوق الولايات ، وأنه من الممكن تخويل تلك المهمة للكونجرس.

وبالطبع اعترض رنكوست على ذلك الحكم وتوقع العدول عنه. وانتهز الفرصة بعد أن أصبح رئيسا وقرر فى قضية حديثة سنة ١٩٩٢ **" New York v. United States "** [67] العدول عن حكم جارسيا.

وتلخص وقائع القضية فى أن الكونجرس أصدر قانونا ينظم التخلص من النفايات الإشعاعية بالولايات ، ويسمح للولاية بفرض رسوم على النفايات التى تستقبلها من الولايات الأخرى، وينص القانون على أن الولاية التى لاتلتزم بالتنظيمات المفروضة ستكون مسئولة عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة الناجمة عن تلك النفايات.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا قضت بأنه وإن كان القانون قد استند لحق الكونجرس فى تنظيم التجارة بين الولايات ، إلا أنه يجعل الولايات بين خيارين أحلاهما مر، فإما الالتزام بالتنظيمات التى فرضها الكونجرس بالقانون، وإما ملكية تلك النفايات.

وذهبت المحكمة إلى مخالفة ذلك للتعديل العاشر.

وهكذا ألغت المحكمة بهذا الحكم الحديث الاستنتاج الذى سبق التوصل إليه من حكمها فى قضية جارسيا، والذى كان مقتضاه أن القضاء الفيدرالى لن يستخدم التعديل العاشر للقضاء بعدم دستورية التشريعات الفيدرالية.

ولاجدال أن هذا الحكم سيفتح الباب لطعون مستقبلية فى كثير من القوانين الفيدرالية البيئية ، والتى كثيرا ماتعتمد فى تطبيقها على حكومة الولاية، كما أن هذا الحكم هو انتصار حاسم للاتجاه المتحفظ المعارض لمبدأ الفيدرالية.

وهكذا يبدو أن رنكوست ومحكمته لهما اتجاه متحفظ شديد الوضوح فى معظم المجالات، وأن تأخير إظهار هذا الطابع المتحفظ يرجع فحسب إلى محاولة أغلبية المحكمة انتقاء القضية المناسبة لتقرير المبدأ.

الفصل الثانى[1]

اتجاهات المحكمة الدستورية العليا
فى ممارستها للرقابة على دستورية القوانين

المبحث الأول

مجال الحقوق السياسية

تحديد وتقسيم:

نصت المادة (٦٢) من الدستور التى وردت فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة على أن « للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقا لأحكام القانون ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى»، مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة – ومن بينها حق الترشيح الذى عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حق الانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء – اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة ، على أساس أن حقى الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لاتقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولاتتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذى يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة ، ومن ثم كان هذا الحقان لازمين لزوما حتميا لإعمال الديمقراطية فى محتواها المقرر دستوريا ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة فى حقيقتها عن الإرادة الشعبية ومعبرة تعبيرا صادقا عنها، ولذلك لم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن فى ممارسة تلك الحقوق السياسية ، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته فى الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجبا وطنيا يتعين القيام به فى أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية التى تعتبر قواما لكل تنظيم يرتكز على إرادة هيئة الناخبين . ولئن كانت المادة ٦٢ من الدستور قد

أجازت للمشرع العادى تنظيم الحقوق السياسية الثلاثة بما نصت عليه من أن ممارسة هذه الحقوق تكون وفقا لأحكام القانون، فإنه يتعين عليه أن يراعى فى القواعد التى يتولى وضعها تنظيما لتلك الحقوق ألا تؤدى إلى مصادرتها أو الانتقاص منها وألا تنطوى على التمييز المحظور دستوريا أو تتعارض مع مبدأ تكافوء الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المواطنين ممن تتماثل مراكزهم القانونية، وبوجه عام ألا يتعارض التنظيم التشريعى لتلك الحقوق مع أى نص فى الدستور بحيث يأتى التنظيم مطابقا للدستور فى عموم قواعده وأحكامه[68] .

ونظرا لأن حقى الانتخاب [69] والترشيح هما الأهم من بين الحقوق السياسية ولأن مجلس الشعب هو المجلس الأهم لإقامة حياة نيابية سليمة، لذا سوف نركز فى هذا المبحث على تحليل لقضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق برقابته على كيفية تنظيم المشرع لتكوين مجلس الشعب وتقسيمه للدوائر الانتخابية ثم نختمه بمطلب عن حق الاستفتاء.

وبداءة فإن هناك [70] خمسة أحكام هامة أصدرتها المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية أولها هو الحكم الصادر بجلسة ١٩٨٧/٥/١٦ فيما يتعلق بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤لسنة ١٩٨٣ ، وثانيها وثالثها الحكمان الصادران بجلسة ١٥ أبريل سنة ١٩٨٩ فيما يتعلق بقانون نظام الحكم المحلى الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ ، وما يتعلق بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ فى شأن مجلس الشورى قبل تعديله بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩، ورابعها الحكم التاريخى الصادر بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩ فيما يتعلق بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وخامسها الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٦/٢/٣[71] فيما يتعلق بقانون نظام الحكم المحلى أيضا. وكان المشرع قد تبنى نظام الانتخاب بالقائمة بعد التعديل الدستورى سنة ١٩٨٠ والذى نص على تعدد الأحزاب، وكان ذلك بتعديل أحكام قوانين مجلس الشعب والحكم المحلى ومجلس الشورى فطعن على تلك التعديلات.

وبعد إيداع تقرير هيئة المفوضين لدى المحكمة الدستورية العليا متضمنا رأيها المسبب بعدم دستورية بعض مواد القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٣ ، وتحديد جلسة ١٩٧٨/١/٣ لنظر دستورية هذا القانون ، قامت الحكومة على عجل واستباقا للأحداث بعمل تعديل للقانون المطعون فيه قدم لمجلس الشعب فأقره. وصدر القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٦ ليجمع بين نظام الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردى، وأصدر رئيس الجمهورية قراره رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٧ بحل مجلس الشعب فى ذلك الوقت، وبالطبع فإن الحكومة والمجلس لم يفطنا إلى عدم دستورية التعديل الأخير هو الآخر والذى أكدته المحكمة الدستورية العليا بحكمها التاريخى المشار إليه.

ونظرا لأهمية الحكم المذكور إضافة للحكم الأول على وجه الخصوص فسوف نتناولهما بغير قليل من التفاصيل، ولكن بعد أن نحدد أولا البعد الكمى والكيفى لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية.

وعلى ذلك فسوف تكون دراستنا لهذا المبحث على النحو التالى:

المطلب الأول : البعد الكمى والكيفى لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية.

المطلب الثانى: تحليل حكم المحكمة الأول الصادر بجلسة ١٩٨٧/٥/١٦ فى القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ق «دستورية ».

الفرع الأول : منطوق الحكم وأسبابه .

الفرع الثانى: تعليقنا على الحكم .

المطلب الثالث : تحليل حكم المحكمة الرابع والتاريخى الصادر بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ق « دستورية ».

الفرع الأول : منطوق الحكم وأسبابه.

الفرع الثانى: موقف الفقه المعارض للحكم.

الفرع الثالث: رأينا فى الموضوع .

المطلب الرابع : حق الاستفتاء الشعبى .

الفرع الأول : تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بحق الاستفتاء.

الفرع الثانى: رأينا فى الموضوع .

المطلب الأول

البعد الكمى والكيفى لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية

أولا البعد الكمى :

تعنى فكرة البعد الكمى فى إطار مبدأى المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما بالمادتين ٤٠، ٨ من الدستور أن يكون عدد السكان الذين يمثلهم النائب الواحد متساويا فى جميع الدوائر مع مراعاة الحد الأدنى لأعضاء مجلس الشعب وهو ٣٥٠ عضوا (م ٨٧ من الدستور) ولأعضاء مجلس الشورى وهو ١٣٢ عضوا (م ١٩٦ من الدستور) ، وكان تقرير هيئة المفوضين فى القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ ق دستورية قد أكد على أن المشرع عندما يقسم الدوائر الانتخابية عليه مراعاة المساواة بين الناخبين بحيث يكون عدد الناخبين المخصص لهم نائب فى الدائرة مساويا لعدد الناخبين المخصص لهم نائب فى دائرة أخرى، ولكن المحكمة الدستورية بحكمها الرابع التاريخى صححت هذه الوجهة من النظر عندما نصت بأن التحديد العددى للمقاعد المخصصة لكل دائرة يجب أن يقوم كقاعدة عامة على أساس عدد المواطنين بها.

ويلاحظ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ محل الطعن بالقضية الأولى قد التزم بضمان المساواة العددية وجعلها هى القاعدة العامة فى تحديد عدد الأعضاء بمجلس الشعب بحيث يمثل عضو البرلمان حوالى مائة ألف مواطن تقريبا (وليس ناخب)، وقد أشار تقرير هيئة المفوضين بتلك القضية لوجود بعض الانحراف عن قاعدة المساواة العددية فى بعض الدوائر كدوائر محافظة الجيزة دون مبرر إلا أن المحكمة لم تتعرض فى حكمها لهذا الأمر.

ويلاحظ أن القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ قد انحرف كلية عن قاعدة المساواة بالنسبة للمستقلين مقارنة بالمنتمين لأحزاب سياسية.

ولاتقتصر ضمانة المساواة العددية على انتخابات مجلسى الشعب والشورى وإنما تمتد إلى انتخابات المجالس المحلية.

ويمكن الخروج على مبدأ المساواة العددية لأسباب موضوعية تقبلها المحكمة الدستورية، إذ يرى د / عادل خليل[72] أنه لايوجد مايمنع من الناحية الدستورية بالسماح بقدر محدود من الانحراف عن قاعدة المساواة العددية بشرط توافر المبررات الموضوعية لذلك، كالرغبة فى المحافظة على الحدود الجغرافية لمناطق معينة، وتحقيق الاتصال والتلاصق بين المناطق المتصلة جغرافيا، على أن تخضع المبررات التى يسوقها المشرع للانحراف عن مبدأ المساواة الحسابية الدقيقة لرقابة المحكمة الدستورية العليا، وهذا هو المعمول به فى أمريكا.

ثانيا البعد الكيفى :

إن ضمانة البعد الكيفى ذات شقين أحدهما يتعلق بالناخبين والآخر يتعلق بالمرشحين، فبالنسبة للناخبين فإنه يجب أن يكون لصوت الناخب ذات الوزن والثقل الذى لغيره من الناخبين سواء فى ذات الدائرة أو فى دائرة أخرى، وبالنسبة للمرشحين فإنه يجب مساواتهم فى المعاملة القانونية دون أى تمييز يستند للصفة الحزبية.

وحتى يمكن تفهم الأمر بصورة أكبر فإن القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٦ والذى جمع بين الانتخاب الفردى والانتخاب بالقائمة ، قصر عدد المقاعد النيابية المخصصة للمرشح الفردى على مقعد واحد فى كل دائرة من الدوائر الثمانية والأربعين التى قسمت الدولة إليها بينما كان المقاعد المخصصة للقوائم الحزبية يتراوح مابين ستة إلى ثلاثة عشر، فأثر صوت الناخب للمرشح الفردى ينحصر فى اختيار عضو واحد بينما الآخر يمكن أن يصل أثر صوته إلى انتخاب ثلاثة عشر نائبا فى الدائرة الانتخابية الواحدة.

وإذا نظر للأمر من زاوية المرشحين فإن القانون المذكور قد انطوى على تمييز غير دستورى أيضا بين المرشحين بالقوائم الحزبية والمرشحين المستقلين، إذ حدد المشرع عدد الدوائر بثمانية وأربعين دائرة تتسع فى بعض الأحيان لتشمل محافظة كاملة لاختيار مرشحى القوائم الحزبية والمستقلين، رغم صعوبة الأمر على المرشح المستقل والذى لايستطيع بقدرته الذاتية أن يجوب الدائرة بكاملها ليقدم نفسه وبرنامجه الانتخابى لافتقاده للدعم المالى والبشرى.

ونرى أن مسألة الوزن النسبى للصوت الانتخابى تقترب من أن تكون مسألة سياسية، لهذا يجب على المحكمة أن تتجنب مراجعة تقدير المشرع فى شأنها كلما أمكن ذلك ، وكلما استطاعت أن تقيم عدم الدستورية على أساس الإخلال بحقوق الترشيح كلما كان ذلك أفضل.

المطلب الثانى

تحليل حكم المحكمة الأول الصادر بجلسة ١٩٨٧/٥/١٦

فى القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ ق« دستورية »

تمهيد :

بدأت الأحداث المؤدية لوصول تلك القضية إلى المحكمة الدستورية العليا نتيجة مقال نشره الأستاذ كمال خالد المحامى[73] بجريدة الأحرار بعددها الصادر يوم ١٩٨٤/٣/١٢ تحت عنوان « دراسة دستورية المستقلون وحق الترشيح»، وكان هذا المقال هو طلقة البداية لخوض هذه الملحمة

القضائية دفاعا عن الدستور.

إذ حدث أن أدخل المشرع تعديلا على القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ الذى جاء بنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية النسبية المشروطة، ليطيح لأول مرة بنظام الانتخاب الفردى الحر المباشر الذى عرفته الحياة البرلمانية والنيابية فى مصر.

ونظرا لإحساس الأستاذ/ كمال بخطورة هذا الأمر فقد آلى على نفسه أن يتصدى ويقاوم ويصارع صراعا قضائيا مريرا حتى حصل على حكم[74] بعدم الدستورية على نحو ماسنرى.

والحقيقة أن الصراع السالف كان له حلقة ثانية تمثلت فى مقاومة السيد المذكور للتعديل المتعجل الذى صدر بالجمع بين نظام الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردى وهو الأمر الذى انتهى إلى الحكم التاريخى الصادر بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠. وهكذا فإن رجالا صنعوا التاريخ ليست مقولة مبالغا فيها.

الفرع الأول

منطوق الحكم وأسبابه

كانت المحكمة قد انتهت إلى عدم دستورية المواد الخامسة مكررا والسادسة فقرة (١) والسابعة عشرة فقرة (١) من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣، تأسيسا على أن حق الترشيح من الحقوق العامة التى كفلها الدستور للمواطنين فى المادة (٦٢) ومن ثم فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق على ماسلف ينطوى على إهدار لأصله وإخلال بمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ويشكل بالتالى مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور، وأن تنظيم المشرع لحق المواطنين فى الترشيح ينبغى ألا يعصف بهذا الحق أوينال منه على نحو ماسلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتمين إلى الأحزاب من حق الترشيح.

ونظرا لأن نصوص الدستور مترابطة ومتكاملة، فقد رفضت المحكمة وجهة نظر الحكومة من أن مباشرة الحقوق السياسية ومن بينها حق الترشيح أصبح غير جائز إلا من خلال الانتماء إلى الأحزاب السياسية بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور ونصها على أن النظام السياسى يقوم على أساس تعدد الأحزاب، ذلك أن الدستور إنما استهدف من النص على تعدد الأحزاب العدول عن صيغة التنظيم السياسى الوحيد المتمثلة فى الاتحاد الاشتراكى العربى الذى يضطلع بمسئوليات العمل الوطنى فى المجالات المختلفة دون أن يجاوز ذلك إلى المساس بالحقوق والحريات العامة التى كفلها الدستور ومن بينها حق المواطن فى الترشيح والمنصوص عليها فى المادة (٦٢) منه.

الفرع الثانى

تعليقنا على الحكم

يحتاج الحكم السالف - رغم إيماننا العميق بصحته - إلى شرح أكبر لتفهم الركائز التى يقوم عليها وذلك بالنسبة للمواد ٦٢، ٨، ٤٠ من الدستور ، كما يحتاج الأمر الى استخلاص المعيار الذى قام عليه مع الإشارة إلى المادة (٤٧) من الدستور وذلك على التفصيل الآتى :

١ – المادة (٦٢) من الدستور :

لما صدر دستور ١٩٧١ كانت قضية الحرية تشغل الناس جميعا وتأخذ عليهم أفكار حياتهم لكثرة ما انتهكت هذه الحرية وانتهكت حرماتها[75] فحرص المشرع الدستورى على عدم الاكتفاء فى شأن الحقوق والحريات بالنص عليها إجمالا والإحالة إلى المشرع العادى لتنظيمها ، بل عمد إلى التفصيل بشأنها كما أشار لدى ذكره لبعضها[76] إلى تقييد المشرع العادى بضوابط معينة يلتزمها عند تنظيمه لتلك الحقوق التى كفلتها النصوص الدستورية ، وذلك لأنه لوحظ سابقا أن تذييل النصوص الدستورية للحقوق والحريات بعبارات مثل فى حدود القانون أو وفقا لأحكام القانون أو على الوجه المبين بالقانون دون وضع ضوابط دقيقة ولو فى صورة مبادىء عامة لهذا القانون الذى يحيل إليه الدستور قد يكون من شأنه أن عجز المادة يجب صدرها[77].

وقد جاء نص المادة (٦٢)[78] من الدستور الحالى كأول نص دستورى يكفل حق المواطنين فى الترشيح بصورة صريحة ومباشرة.

ولعل رأيا يذهب إلى أن حرمان المستقلين من الترشيح لايتعارض مع المادة (٦٢) من الدستور لأن المشرع يملك تنظيم الحقوق الواردة بصلب تلك المادة ومن بينها حق الترشيح وذلك على النحو الذى يراه محققا للصالح العام، فإذا قصره على أعضاء الأحزاب السياسية وحدهم فهذا لايعدو أن يكون تنظيما للعملية الانتخابية ترشيحا وانتخابا دون أن ينال ذلك من أصل الحق.

والحقيقة أن الحريات وحقوق الإنسان هى من الأمور التى لايستقل أى مشرع بخلقها ولو كان المشرع الدستورى بل إنه فيما يضعه من قواعد فى شأنها لايعدو أن يكون كاشفا عن حقوق أصيلة – ولايجوز أن يكون التنظيم ذريعة لإهدار الحرية أو إنقاصها.

ولايعنى ذلك أن كل تدخل تشريعى فى الحريات يعتبر دوما عدوانا عليها إذ قد يكون ذلك من الضرورات اللازمة لمارستها.

وهكذا يجب أن يلتزم المشرع بالخط الفاصل بين التقييد المباح للحرية واستعمال الحق لمواجهة اعتبارات معينة والتقييد المحظور.

وهذا الخط الفاصل بالغ التعقيد ومن أهم مشكلات القانون الدستورى .

وأيما كانت وجهة النظر فيما يتعلق بسلطة المشرع فى تنظيم الحقوق فإن تنظيم ممارسة الحق أو الحرية لايمكن بحال من الأحوال أن يصل إلى حد إلغاء الحرية ذاتها أو إعدام ذلك الحق تماما، إذ يصم النص التشريعى الذى يصل إلى هذا الحد بالعوار الدستورى الواضح لمخالفته أحكام الدستور (وهذا ما اعتنقته المحكمة بحق فى حكمها محل التحليل)، ولايغير مما تقدم – وأمنت به المحكمة – ماقد يراه البعض من أن قصر الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المنتمين للأحزاب السياسية لايعد منعا للمستقلين من الترشيح ذلك أنه يمكنهم إن رغبوا فى الترشيح الانضمام إلى أى حزب من الأحزاب القائمة أو أى حزب ينشأ مستقبلا أو أن ينشئوا حزبا خاصا بهم وفقا للقانون[79]، ذلك أن من دواعى الاستمتاع بحرية الرأى المرتبطة ارتباطا وثيقا بحقى الانتخاب والترشيح احترام رغبة الفرد فى الاحتفاظ بذاتيته الخاصة وسماته الفكرية التى تميزه عن غيره، وعدم قهره وقسره للتخلى عنها والانضمام لأى حزب حتى يستطيع ممارسة حقه فى الترشيح.

ولاينال مما تقدم الادعاء بأن هناك طوائف تحرم من حق الترشيح مالم تقدم استقالتها من وظيفتها كأعضاء الهيئات القضائية ورجال القوات المسلحة والشرطة والمخابرات العامة ...الخ ، إذ الحرمان حينئذ حرمان مؤقت يقوم على أسانيد قوية تبرره وتتفق والأصل الدستورى المقرر بالمادة ٨٩ من الدستور من ضرورة تفرغ عضو مجلس الشعب لعضوية المجلس، أما حرمان المستقلين فهو حرمان دائم ومؤبد.

وبالطبع فإنه لايجوز قياس الحظر السالف على شروط الصلاحية للترشيح التى يحددها المشرع العادى بتفويض من المشرع الدستورى كشرط السن وإجادة القراءة والكتابة والقيد بجداول الانتخاب ...إلخ لأن تلك الشروط لاتقوض الحق إطلاقا.

وإذا كان حق الترشيح واجبا وطنيا وفق عجز المادة (٦٢) من الدستور، فإن الحظر يجعل الانتماء للأحزاب السياسية واجبا وطنيا هو الآخر وهو مالايعد مقبولا وفق أى منطق دستورى.

٢ - أشار الحكم إشارة مقتضبة إلى إخلال النصوص الطعينة بمبدأى المساواة وتكافوء الفرص المنصوص عليهما بالمادتين ٤٠، ٨ من الدستور، ونرى أن الأمر كان يحتاج إلى شرح أكبر، ذلك أن مبدأى المساواة وتكافوء الفرص وفقا للراجح فقها والمستقر عليه قضاء لاتمييز بينهما وهما وجهان لعملة واحدة كما أن أسباب التمييز [80] غير واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل.

ومما يجدر الإشارة إليه أن اللجنة التحضيرية للدستور الحالى حال نظرها فى المادة (٤٠) رأت أن كافة الأمور المفروضة على الإنسان والتى لاخيار له فيها يمتنع التمييز على أساسها حتى ولو لم تكن هذه الأمور من بين العناصر الخمسة التى تضمنتها المادة (٤٠) من الدستور، أما الأمور التى يكتسبها الفرد حال حياته كالتعليم فإنه يجوز التمييز على أساسها[81].

ولما كانت المساواة التى اعتنقها المشرع الدستورى هى مساواة قانونية وليست حسابية، فمن ثم يملك المشرع وضع الضوابط اللازمة لتنظيمها دون تجاوز.

والتفرقة التى أقامها المشرع بين المرشح الحزبى والمستقل لاتستند لأساس موضوعى رغم التسليم ابتداء بحق المشرع فى اختيار الطريقة المناسبة للانتخاب، دون الإخلال بالطبع بحقوق المرشح المستقل.

والمستقلون حقا وصدقا قبل الثورة وبعدها لهم دور فى الانتخابات البرلمانية فى مصر غير منكور، بل إنهم فازوا فى ظل تعدد المنابر بنسبة ٤٠٪ تقريبا من مجموع أصوات الناخبين على مستوى الجمهورية بل إن المستقلين قد زاد دورهم على المستوى العالمى.

والخلاصة - وحسبما انتهى[82] إليها تقرير هيئة المفوضين فى القضية محل التعليق - فإنه لايحق للمشرع أن يتخذ من الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الاستقلال عنها معيارا لمنح حقوق قررها الدستور أو لمنعها، فإن لجأ لذلك فإنه يكون قد أخل بمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص لأنه يكون قد أقام تفرقة واستثناء لايستند إلى اعتبارات موضوعية تبرره.

٣ - استعملت المحكمة فى هذا الحكم (والحكمين التاليين له الصادرين بجلسة ١٩٨٩/٤/١٥) لغة مؤداها أن التنظيم التشريعى للدوائر الانتخابية بما يتضمنه من تنظيم لحقى الترشيح والانتخاب يكون مخالفا للدستور « إذا كان الأثر المترتب عليه هو الإهدار أو الانتقاص الجسيم من حق طائفة

من المواطنين فى الترشيح أو الانتخاب على قدم المساواة وعلى أساس من تكافوء الفرص مع غيرهم من المواطنين المتماثلين معهم فى المركز القانونى» ، وهذا يعنى أن المحكمة أخذت بمعيار الأثر التمييزى لقانون تقسيم الدوائر الانتخابية وهذا المعيار يقترب لحد كبير من المعيار الذى أخذت به المحكمة العليا الأمريكية للحكم على دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية والتى تشتمل على إلغاء أو إضعاف لحق المواطن فى التصويت [83].

٤ - نرى أن الحكم لم يحالفه التوفيق حينما لم يشر إلى تعارض النصوص المقضى بعدم دستوريتها مع المادة [84] من الدستور ذلك أن تلك المادة تكفل حرية الرأى ، ولايجوز أن تفرض النصوص المقضى بعدم دستوريتها على المواطنين المتمتعين بحقوقهم السياسية والراغبين فى الاحتفاظ بحرية رأيهم وتفردهم الفكرى والسياسى أن يكونوا أعضاء فى أحزاب وإلا حرموا من ممارسة حقهم فى الترشيح لعضوية مجلس الشعب. ولاجدال أن تلك النصوص بحظرها الترشيح للمستقلين ومن ثم استحالة فوزهم فى انتخابات مجلس الشعب قد أغلقت أمام هذه الطائفة من المواطنين بابا هاما من أبواب التعبير عن الرأى بل هو الباب الأوحد الذى لامساءلة فيه ولامؤاخذة عما قد يبدى فيه من أفكار أو آراء[85].

المطلب الثالث

تحليل حكم المحكمة الرابع والتاريخى[86] الصادر بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق « دستورية »

تمهيد :

فى ١٩٩٠/٥/١٩ أصدرت المحكمة الدستورية حكما أحدث زلزالا مهولا فى الحياة السياسية لما أحدثه من ردود فعل شديدة، وسيظل هذا الحكم دوما من العلامات المضيئة فى التاريخ الدستورى كله، ولايقل هذا الحكم شأنا عن حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية ماربرى أو فى قضية ووترجيت.

وقد وصلت القضية للمحكمة نظرا لأن الأستاذ كمال خالد المحامى كان قد تقدم للانتخابات المحدد لها يوم ١٩٨٧/٤/٦ وفقا لأحكام قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، الذى جعل النظام الانتخابى قائما على أساس المزاوجة بين الانتخابات بالقوائم الحزبية مع إتاحة الفرصة لمقعد فردى واحد فى كل دائرة، وأعطى تعديل القانون المستقلين حق الترشيح على المقعد الفردى شأنهم فى ذلك شأن الحزبيين، فى حين قصر الشارع القوائم على الأحزاب المعترف بها.

ورأى السيد المذكور والذى رشح نفسه للمقعد الفردى مستقلا أن الأسس التى قام عليها النظام الانتخابى بالجمع بين الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردى غير دستورية ، فرفع دعواه أمام محكمة القضاء الإدارى طالبا الحكم بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى انتخاب أعضاء مجلس الشعب وبوقف تنفيذ القرار السلبى بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم الدوائر الانتخابية بما يتفق مع نظام الانتخاب الفردى ، والحكم فى الموضوع بإلغاء هذين القرارين، وأثناء نظر تلك الدعوى طعن رافعها بعدم دستورية القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وإذ تراءى لمحكمة

القضاء الإدارى عدم الدستورية فقد قررت بجلسة ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ وقف الفصل فى طلب الإلغاء وأمرت بإحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية المادتين الثالثة فقرة أولى والخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦.

وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة القضاء الإدارى ثم أثناء تحضيرها ونظرها أمام المحكمة الدستورية العليا كانت انتخابات مجلس الشعب قد تمت بالفعل، وكان المجلس قد أكمل مايقرب من أربع سنوات [87] وأصدر العديد من القوانين - ربما بلغت ٧٠٠ - عند تاريخ صدور الحكم بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩.

الفرع الأول

منطوق الحكم وأسبابه

انتهت المحكمة فى المنطوق إلى الحكم بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.

وقد تأسس هذا الحكم على مايلى : -

١ - إن الدستور نص فى المادة ٦٢ التى وردت فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة على أن للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقا لأحكام القانون، ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى، مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة ومن بينها حق الترشيح الذى عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حقى الانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة، وعلى أساس أن حقى الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لاتقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولاتتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذى يكفل ممارستهما ممارسة جدية وفعالة، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوما حتميا لإعمال الديمقراطية فى محتواها المقرر دستوريا.

٢ - إن الدستور إذ كفل - فى المادة ٦٢ منه - للمواطن حق الترشيح غير مقيد بالانتماء الحزبى، وقرر فى المادة ٤٠ منه المساواة بين المواطنين فى الحقوق العامة ومنها حق الترشيح، وهو من الحقوق السياسية التى تأتى فى الصدارة من الحقوق العامة لتعلقها بالإرادة الشعبية المعبرة عن سيادة الشعب، وحظر التمييز بينهم فيها بسبب اختلاف الآراء السياسية ، وأوجب على الدولة فى المادة الثانية أن تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين ، فإن مؤدى هذه النصوص مترابطة ومتكاملة، أن المواطنين المستوفين لشروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب يعتبرون بالنسبة إلى حق الترشيح فى مراكز قانونية متماثلة ، مما يتعين أن تكون ممارستهم لهذا الحق على قدم المساواة وعلى أساس من الفرص المتكافئة فى الفوز بالعضوية بصرف النظر عن انتماءاتهم الحزبية وعدمها على أن يكون

المرجع فى الفوز بالعضوية للمرشح مستقلا كان أو حزبيا، طبقا لنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية أو لنظام الانتخاب الفردى - إلى إرادة هيئة الناخبين صاحبة السيادة الشعبية التى هى مصدر السلطات جميعا.

وحيث إنه وإن كان للمشرع سلطة تقديرية فى اختيار النظام الانتخابى إلا أن سلطته فى هذا الشأن تجد حدها فى عدم الخروج على القيود والضوابط والمبادئ التى نص عليها الدستور وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التى كفلتها نصوصه.

٣ - بعد أن استعرض الحكم مفهومه السليم للمادة (٦٢) من الدستور على النحو المتقدم فى (١)، (٢) ناقش نص المادة المطعون عليها بعدم الدستورية مقررا أنه : - لما كان ذلك ، وكانت المادة الخامسة مكررا من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بما نصت عليه من أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية تعتبر قاطعة فى الدلالة على ما [قصد] إليه المشرع من تحديده مقعدا واحدا - لنظام الانتخاب الفردى فى كل دائرة انتخابية - يجرى التنافس عليه بين المرشحين أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب، وتخصيصه عدة مقاعد فى الدائرة خالصة لمرشحى القوائم الحزبية، ومن ثم فإن هذه المادة تكون بذاتها قد تضمنت فى صريح نصها إخلالا بحق المواطنين غير المنتمين لأحزاب سياسية فى الترشيح على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع باقى المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية إخلالا أدى إلى التمييز بين الفئتين من المرشحين فى المعاملة القانونية وفى الفرص المتاحة للفوز بالعضوية تمييزا قائما على أساس اختلاف الآراء السياسية مما يشكل مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور يستوجب القضاء بعدم دستوريتها فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.

٤ - رغم أن بعض الفقهاء رأى أن الحكم كان يستطيع أن يقف بأسبابه عند هذه الفقرة التى تحمل منطوقه ، إلا أن المحكمة الدستورية فضلت وهى ترسى المبادىء الدستورية السليمة أن تنبه المشرع إلى خطورة التشريع غير الدستورى فبينت طبيعة الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية بحسبانه كاشفا وليس منشئا[88].

٥ - ورتبت المحكمة على تكييف طبيعة الحكم الدستورى نتيجته اللازمة مقررة أنه « لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعى ثبت عدم دستوريته بالحكم الذى انتهت إليه المحكمة فى الدعوى الماثلة فإن مؤدى ذلك ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه ، وخشية من وقوع الانهيار الدستورى فقد استدركت المحكمة وأكدت أن هذا البطلان لايؤدى البتة إلى ماذهب إليه المدعى من وقوع انهيار دستورى ولايستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك مالم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير مابنى عليه هذا الحكم.

الفرع الثانى

موقف الفقه المعارض للحكم

لعل حكما لم يلق من البحث والتحليل الفقهيين مثلما لقى الحكم المذكور وسوف نستعرض آراء الفقهاء المعارضين للحكم على النحو التالى :

أ - رأى الدكتور / أحمد كمال أبو المجد :

يمكن استخلاص موقف سيادته مما ذكره بندوة عقدت لاحقة على الحكم بنادى القضاة[89] ومن مذكرتيه الأصلية والتكميلية التى قدمهما لرئيس هيئة قضايا الدولة حول الدعوى محل الحكم المذكور ورأيه فيها ، وتقوم آراء سيادته على الركائز الآتية :

١ - إن القاضى يقوم بنوع من التشريع، والقاضى بشر ونصوص القانون والدستور حمالة أوجه، وبقدر مايكون فيها من إجمال و إيجاز بقدر مايتسع التفويض الممنوح للقاضى، وتظهر الدقة والصعوبة أكثر ماتظهر فى موضوع الرقابة على دستورية القوانين، إذ إن هذه الرقابة تحمل فى طياتها بالضرورة قدرا من التوتر فى العلاقة بين السلطات.

٢ - إن المحكمة الدستورية العليا فى قضائها الأخير كانت مندفعة متحمسة بما يجاوز الحكمة وماتقتضيه حسن السياسة، وتحتاج إلى من يقول لها ولكل قاض تمهل وتأن وتبصر وأدخل كل ماعندك من إيمان بمبادىء معينة فى الثوب القضائى الملتزم بقيم القضاء وتقاليده.

٣ - إن المشرع الدستورى حين فوض المشرع العادى فى اختيار النظام الانتخابى الذى يستحسنه ويراه أصلح لمواجهة الظروف والاعتبارات السياسية والاجتماعية القائمة ، فان ذلك الأخير يكون - وحده - صاحب الحق فى المفاضلة، ومهما بدا من مجانبة المشرع العادى للتوفيق فى اختيار النظام الانتخابى فان هذه المجانبة لاتنهض سببا ولاسندا لتدخل القضاء بمراجعة المشرع فى اختياره، إذ ينبغى أن تظل الحدود واضحة تماما بين الاختيار التشريعى وهو من إطلاقات مجلس الشعب وبين الرقابة على دستورية التشريعات وهو اختصاص تملكه المحكمة الدستورية العليا وحدها بمقتضى المادة ١٧٥ من الدستور[90].

ومن هذه الناحية لايرى د/ أبو المجد حرجا من أن يقرر بأن إقحام نظام الانتخاب الفردى على نظام الانتخاب بالقائمة على النحو المتسرع الذى جرى، ودون إيجاد دوائر مختلفة يجرى الانتخاب على أساسها بالنسبة لكل من النظامين، مسلك غير موفق واختيار تشريعى غير سليم وأن العدول عنه إصلاح سياسى حكيم ومرغوب فيه، لكن لادور للقضاء فى ذلك.

٤ - إن مبدأ المساواة من المبادىء الدستورية العامة المقررة فى أكثر النظم الدستورية والمسلم بوجوده حتى مع خلو نصوص بعض الدساتير من الإشارة الصريحة إليه، وقد نص الدستور المصرى على مبدأ المساواة فى عدد من نصوصه لعل أهمها نص المادة (٤٠) المتمم لنص المادة (٨).

والمساواة فى جوهرها - وحسبما يراها د/ أبو المجد - هى التسوية فى المعاملة بين المتماثلين والمخالفة فى المعاملة بين المختلفين، والخطاب الوارد فى المادة (٤٠) خطاب عام يوجهه الدستور إلى سلطات الدولة المختلفة بحيث يلتزم به المشرع فيما يضعه من قوانين، كما تلتزم به السلطة التنفيذية

فيما تصدره من اللوائح والقواعد التنظيمية وفيما تصدره من قرارات فردية، كما تلتزم به السلطة القضائية فى إدارتها لمرفق العدل ، وقضائها بين الناس.

وتتفرع عن نسبية المساواة نتيجتان :

الأولى : إن المساواة الحسابية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة ليست ممكنة فى كثير من الأحوال ، وأن الخلل اليسير فى تطبيق مبدأ المساواة أمر ينبغى التجاوز عنه.

الثانى : إن اختلاف المعاملة بين أصحاب المراكز المتماثلة المشابهة ليس بالضرورة تمييزا ممنوعا بمقتضى المبادىء الدستورية المتعلقة بالمساواة، إذ الواضح من نص المادة (٤٠) أن التمييز المحظور – أساسا – هو التمييز بين المواطنين فى المعاملة القانونية بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أوالدين أو العقيدة.

وفى ضوء هذه الحقائق الأساسية انتهى أكثر الشراح الدستوريين إلى ضرورة الانتباه إلى الفارق بين التمييز **discrimination** الذى تحرمه النصوص الدستورية وبين التقسيم أو التصنيف **classifi-cation** والذى تنطوى عليه جميع التشريعات التى تخص جماعة أو فئة أو طائفة بحكم قانونى خاص أو معاملة خاصة .

ويضع الدكتور/ أبو المجد معيارا مزدوجا للتفرقة بين التمييز المحظور من ناحية والتقسيم الجائز من ناحية أخرى :

١ – شقه الأول أن التقسيم الجائز ينبغى أن يرتب المعاملة أو الحكم القانونى الخاص على وجود صفة أو واقعة خاصة ومتميزة تربطها بالنتيجة التى يرتبها القانون رابطة منطقية يمكن تحديدها، فإذا قرر قانون العاملين المدنيين مزايا خاصة للعاملين فى بعض المناطق النائية، أو للعاملين فى بعض المرافق التى تهدد الصحة بأخطار معلومة، فإن إفراد أولئك العاملين بمعاملة خاصة من حيث المزايا كزيادة المرتب أو تقرير بدل خاص أو احتساب أقدمية خاصة فى الوظيفة والاستحقاق للترقية إلى الدرجة الأعلى ، كل ذلك يعتبر تصنيفا جائزا مادام يقوم على سبب منطقى مرتبط بالنتيجة التى رتبها التشريع أو القرار.

٢ – أما الشق الثانى فهو و جود قرينة بعدم دستورية التمييز المستند الى الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة بحيث يتعين إثبات العلاقة المنطقية بين أساس التمييز فى هذه الحالات وبين النتيجة التى رتبت عليه.

وبذلك تكون قرينة الدستورية التى تقوم كأصل عام لصالح التشريع غير قائمة فى حالة التمييز المستند إلى أحد العناصر الخمسة السالفة.

والتفرقة فى المعاملة التى تخالف مبدأ المساواة يمكن أن تكون بين أفراد داخل طائفة أو بين طوائف بأكملها وغيرها من الطوائف دون تمييز بين أفراد الطائفة الواحدة، طالما أن تخصيص الطائفة بمعاملة خاصة لايستند إلى اعتبار موضوعى معقول [91].

ويخلص الدكتور كمال أبو المجد بعد هذا الاستعراض المطول وتطبيق المبادىء المذكورة على واقعات الدعوى إلى النتائج الآتية :

أولا – إن التفسير الصحيح لمبدأ المساواة يقتضى إجراء حكمة بالمقابلة بين المراكز القانونية المتماثلة ، والتثبت من عناصر التماثل قبل تقرير أمر يتعلق بالخروج على مبدأ المساواة .

ثانيا – إن المقابلة فى خصوص الدعوى الماثلة لايجوز أن تجرى بين المرشحين المستقلين فى الدوائر الفردية والمرشحين على القوائم الحزبية، فهذا نظام وذلك نظام، والتفاوت بين المركز الواقعى لكل منهما أمر استلزمته طبيعة النظامين، وهو قائم وحاصل فى كل الأحوال، ولايطالب المشرع إلا بماهو مستطاع كما لايجوز إلزامه بما لايلزم. واختيار المرشح الترشيح مستقلا هو الذى حدد – فى الواقع – مركزه القانونى والمساواة الواجبة حينئذ إعمالا لنصوص الدستور ، إنما ينبغى البحث عنها فى إطار المقابلة بين المرشح الفردى المستقل والمرشح الفردى الذى ينتمى إلى حزب من الأحزاب .

والتقارب بين المركز الواقعى للمتقدمين لترشيح أنفسهم وفقا للنظامين وإن كان ثمرة النظام القانونى الحاكم للنظامين فهو نوع من التقسيم **classification** الذى يتسع له مبدأ المساواة ولايضيق عنه.

وحين ينتقل المجتمع بقرار سياسى يجد مكانه فى نصوص الدستور من نظام الحزب الواحد إلى نظام الأحزاب المتعددة فلا غرابة فى اختياره نظام الانتخاب بالقائمة، ولايملك الفرد فى مواجهة ذلك كله أن يقول أنه لايفضل ذلك النظام ويصر على خوض الانتخابات فردا ، و على النظام القانونى والسياسى ليس فقط افساح المجال له ليمارس مايفضله وإنما كفالة فرص متساوية مع المرشحين الآخرين الذين تقدموا للترشيح بالقائمة، والذى هو نظام أقره القانون.

ب - رأى الفقه المنادى بالانهيار الدستورى :

ويمثله كل من الدكتور محمود عاطف البنا ، والدكتور عبد المنعم محفوظ .

١ – رأى د/ محمود عاطف البنا[92]:

يرى سيادته أن القاعدة المقررة بالنسبة للأحكام أنها كاشفة وليست منشئة، وعلى ذلك فحكم المحكمة الدستورية العليا يكشف حقيقة هذا البطلان ولاينشئه ، ومن ثم فهو يقرر شيئا قائما فعلا بحكم الدستور، ولما كانت الحجية تثبت لمنطوق الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطا جوهريا، فمن ثم فإن القضاء ببطلان تشكيل مجلس الشعب يكون أكثر ارتباطا بمنطوق الحكم من مسألة صحة أو عدم صحة ما أصدره المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات .

ويعيب سيادته على ما انتهى إليه الحكم بأسبابه السابقة مباشرة على المنطوق بأن بطلان المجلس المذكور منذ انتخابه لايؤدى إلى وقوع انهيار دستورى ولايستتبع إسقاط ما قرره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية.

ويرى سيادته أن هذا الحل لايتسق مع المنطق القانونى المجرد إذ الأصل أن عدم الدستورية يستتبع البطلان وما ينبنى على الباطل فهو باطل.

ويعيب سيادته على المحكمة أنها لم تبين الأساس أو الأسس القانونية التى أملت عليها هذا الحل ، وهو أمر مطلوب إذ المحكمة مهما كانت طبيعة وظيفتها المتميزة فى حماية الشرعية الدستورية فإنها إنما تباشر مهمة قضائية فنية ذات طابع قانونى.

وإذا كان حقا أن الرقابة الدستورية التى تمارسها المحكمة لاترتد إلى استخلاص قواعد قانونية مجردة تفرغها فى أحكامها ، وإنما هى رقابة تمارسها محكمة أمينة على مسئوليتها، متفهمة لراميها، مستجيبة لمتطلباتها ، فإنه يبقى دائما أن المحكمة تباشر مهمة قضائية فنية ذات طابع قانونى ومقيده بضوابطه، ولذلك كان من المأمول أن تبين المحكمة الاعتبارات الفنية التى أقامت عليها قضاءها فى هذه المسألة.

٢ – رأى د/ عبد المنعم محفوظ :

يعد سيادته من أكبر الآراء الفقهية – فى تقديرنا – اهتماما بالحكم وتحليلا له[93]، ويرى سيادته أن المحكمة قد اجتهدت اجتهادا جديدا ربما لم تطبقه من قبل فى العديد من الأحكام الشهيرة التى أصدرتها منذ إنشائها، والغريب فى الأمر أنها لم توضح الأسس الفلسفية أو حتى الحيل القانونية **fictions juridiques** التى ارتكنت إليها فى أسباب حكمها، ويتمثل هذا الاجتهاد الجديد فى أن المحكمة أرادت – بقصد أو بدون قصد – فى الأسباب دون المنطوق تحقيق أمرين متناقضين.

الأول – الكشف عن بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه.

الثانى – التأكيد على عدم انسحاب البطلان أو شموله للقوانين والقرارات والإجراءات الصادرة من المجلس .

وبالنسبة للأمر الأول يرى سيادته أن المحكمة الدستورية العليا لم تأت بجديد فيما يتعلق بشق البطلان الوارد فى أسباب الحكم، ذلك أن بطلان تشكيل مجلس الشعب كان قد تقرر بأحكام محكمة القضاء الإدارى (دائرة منازعات الأفراد والهيئات) بجلسة ٢١ من إبريل سنة ١٩٨٧ فى الدعاوى أرقام ٣٣٨٥ و٣٤٥٣ و ٣٤٨٣ لسنة ٤١ ق والمؤيدة من المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر فى الطعون أرقام ١٩٠٠ و ١٩٢٠ و ١٩٢٢ لسنة ٣٣ (ق ع) ، إذ إن أحكام المحكمة الأخيرة باتة ونهائية وحائزة لقوة الأمر المقضى ، بحسبانها صادرة من قمة سلم القضاء الإدارى فى مصر، وهى سابقة بيوم على أول جلسات المجلس المنعقدة فى ١٩٨٧/٤/٢٢ لصدورها فى ١٩٨٧/٤/٢١.

وإذا كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا هى أحكام نهائية وباتة تنفذ فى مواجهة أطراف الدعوى (وزير الداخلية ورئيس مجلس الشعب بصفتهما والطاعنين) ، فهى نافذة كذلك من باب أولى فى مواجهة كافة الهيئات القضائية الأخرى ومن بينها المحكمة الدستورية العليا.

وهكذا يرى سيادته أنه ماكان يسوغ – فى صحيح علم القانون – أن تتعرض المحكمة الدستورية العليا ، حتى ولو كان التعرض فى أسباب الحكم، لمسألة بطلان تشكيل مجلس الشعب أو حتى مجرد إثارتها مرة أخرى طالما صدر بشأنها حكم نهائى بات وحائز قوة الأمر المقضى، إذ يلزم أن يمتثل المجتمع – قضاة ومتقاضين ومحامين وسلطات عامة – لأحكام القضاء النهائية الباتة .

وبالنسبة للأمر الثانى يرى سيادته أن المحكمة قامت فيه بدور سياسى ظاهر ومكشوف، إذ يبين من الفقرة الأخيرة من الأسباب أن المحكمة قد كيلت بمكيالين متمايزين ، كيل أبطلت فيه تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه رغم صدور أحكام قضائية باتة وحائزة لقوة الأمر المقضى، وآخر أصبغت به المشروعية على القوانين والقرارات والإجراءات الصادرة من مجلس الشعب (الباطل) منذ انتخابه وحتى تاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية [94].

وهكذا يخلص د/ عبد المنعم محفوظ إلى أنه لايكون قد ركبه الشطط لو تخيل المحكمة الدستورية تريد أن تعيد عجلة التاريخ ومعها عقارب الساعة إلى الوراء وتنتهج ذات النهج الذى كانت عليه المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية، عندما سيطرت على مجريات الأمور والأحداث فى فترة من فترات التاريخ السياسى والدستورى لهذه البلاد (ثلاثينات القرن العشرين) الأمر الذى أدى إلى وصفها بحكومة القضاة.

جـ - رأى الفقه المنادى بالحجية للمنطوق دون الأسباب :

ويمثله المستشار الدكتور فتحى عبد الصبور [95] الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا حيث تقوم ركائز أفكاره على مايلى :

(١) إن الحكم بعدم دستورية النص التشريعى يبطله ويسقط عنه قوته التشريعية .

(٢) إن أثر الحكم يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته على أن يستثنى من إعمال هذا الأثر المراكز والأوضاع القانونية التى تكون قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم.

(٣) لايمكن القول - فى ضوء ذلك - إن الحكم بعدم الدستورية إذا تعلق بنص فى قانون الانتخاب يؤدى حتما وبطريق اللزوم إلى حل مجلس الشعب أو أن هذا الحل نتيجة للحكم، كما أنه لايمكن القول كذلك وبذات الحسم بأنه يتعين حل مجلس تشريعى إذا حكم بعدم دستورية قانون جاء فى ظله متى كان هذا المجلس قد استقرت أوضاعه القانونية والدستورية .

(٤) إن حل المجلس - لو تحقق - فإنه لايتأتى إلا عن طريق قرار سياسى يصدر من رئيس الجمهورية ولاعلاقة له بالمحكمة الدستورية.

الفرع الثالث

رأينا فى الموضوع

استعرضنا فيما سلف آراء جماعة من رجالات الفقه، وقد تعمدنا أن نعرض لرأى الأستاذ الدكتور / أحمد كمال أبو المجد بداءة لأنه يمثل رأيا فقهيا معارضا للأسس التى قام عليها منطوق الحكم من الناحية الموضوعية أى يمثل رأيا فقهيا يرفض القضاء أصلا بعدم الدستورية، وقد تكفل الحكم بالرد على آراء الدكتور / أبو المجد بما لانرى معه الإعادة منعا للتكرار.

وقد تعرضنا بعد ذلك لموقف الأستاذ الدكتور/ عاطف البنا بوصفه يدعو للانهيار الدستورى من زاوية أن الأثر الرجعى يقتضى بطلان تشكيل المجلس وبطلان ما أقره بحسبان أن مابنى على الباطل فهو باطل، وهنا يمكن الرد على ذلك بأن قانون الانتخاب ذو طبيعة خاصة تميزه عن بقية القوانين بحسبان أنه قانون يؤدى إلى تكوين الجهاز التشريعى الذى يضع باقى القوانين، ولايعقل أن بطلان فقرة فى قانون الانتخاب تكون على أساسها المجلس التشريعى يؤدى إلى بطلان كافة أعمال المجلس.

وبعبارة أخرى لقد واجهت المحكمة وضعا جديدا يتعلق فيه الأمر بقانون مهيمن على غيره من القوانين على نحو تثار مع دستوريته وبالتبعية أبعاد غير مسبوقة ولا محدودة، الأمر الذى تطلب من

المحكمة جهدا إضافيا لوضع الأمور فى نصابها الصحيح، لأنه وإن كان عدم الدستورية يستتبع البطلان إلا أن اعتبارات الاستقرار واستمراره استدعت القضاء بأن عدم دستورية القانون لايمس القوانين المعمول بها قبل نشر الحكم بل والقرارات والإجراءات الأخرى، أى كافة أعمال المجلس .

وإذا كان الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية يحد منه الحكم الحائز قوة الأمر المقضى والذى يتعلق بحالات فردية فالأمر أدعى بالنسبة للقوانين ذات العمومية والتجريد .

وإذا كان الحكم قد تكفل هو الآخر بالرد على المستشار الدكتور/ فتحى عبد الصبور، فلا يبقى إلا رأى الأستاذ الدكتور/ عبد المنعم محفوظ والذى يمكن الرد عليه بما يلى :

١ - إنه ليس هناك فى صحيح علم القانون مايقطع بأن صدور حكم بعدم صحة عضوية حوالى ٧٦ عضوا من أعضاء مجلس الشعب من شأنه أن يؤدى إلى بطلان تشكيل المجلس ككل ولو كان هذا الحكم باتا وصادرا من المحكمة الإدارية العليا.

وصفوة القول حينئذ أن هذا الحكم ربما يثير شكوكا فحسب فى صحة تكوين المجلس، فإذا جاءت المحكمة الدستورية العليا وقطعت الشك باليقين وهى تمارس سلطاتها الداخلة فى إطار اختصاصها برقابة الدستورية فلا يجدر لومها على ذلك.

فتقرير بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ تكوينه هو أثر حتمى ونتيجة مباشرة فى ارتباطها بالمنطوق الذى انتهت إليه المحكمة، وما كانت المحكمة - بحكم رسالتها التى حملت أمانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التى أنشأها الدستور حارسة لأحكامه وبصفتها قوامة على صونه وحمايته - لتغفل الإشارة فى أسبابها إلى بطلان مجلس الشعب منذ تكوينه، لتتركنا فى حيص بيص من هذا الأمر، وإذا كانت قد وجدت أصوات فى الفقه تدعو لعدم بطلان تشكيل مجلس الشعب رغم الإشارة الصريحة بالأسباب إلى ذلك فما بالك لو كانت المحكمة قد أغفلته ؟.

وإذا كان بطلان المجلس قد حسم بأحكام المحكمة الإدارية المشار إليها، فلماذا ظل هذا المجلس يباشر اختصاصاته حتى صدور حكم المحكمة الدستورية العليا؟.

إن الثابت أن حكم المحكمة الدستورية العليا هو الذى أدى مباشرة إلى حل المجلس رغم قيام رئيس الجمهورية باستفتاء الشعب على حله.

والأمر الذى لانشك فيه إطلاقا هو أنه لوكانت المحكمة قد استمعت إلى مانادى به الدكتورعبد المنعم محفوظ ، لظل المجلس كما هو دون حل، وكان أقصى ماسيتم هو تعديل الفقرة المقضى بعدم دستوريتها بالنسبة للانتخابات اللاحقة .

٢ - ربما كانت عظمة الحكم أنه تعمد - حسبما نظن - عدم ذكر سبب قضائه باستمرار قوانين وقرارات المجلس وأعماله على أصل صحتها وذلك حتى يترك هذا الأمر الشاق لاجتهاد الفقه من كل صوب، وحقا فإننا نعجب من اتهام المحكمة بأنها تمثل فى هذا الحكم عودة إلى عصر حكومة القضاة إذ العكس هو الصحيح ، فلو كانت المحكمة قد تركت الأمور على عواهنها وحققت الانهيار الدستورى لاستحقت بالفعل هذا الوصف، ولحدثت تداعيات نحمد الله أنها لم تحدث وقد كان أقربها على الإطلاق إلغاء المحكمة بتعديل دستورى.

ويلاحظ أن الأحكام الثلاثة السابقة على الحكم محل التحليل والمتعلقة بدستورية أنظمة تقسيم

الدوائر الانتخابية كانت تستخدم معيار (الأثر التمييزى) لقانون التقسيم، والذى مؤداه الحكم بعدم الدستورية إذا تبين للمحكمة من خلال الفحص الموضوعى لنصوص القانون أنه يؤدى إلى الإهدار الكامل أو الإضعاف الجسيم لحق طائفة من المواطنين فى الترشيح أو الانتخاب على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين، ولذلك قضت المحكمة بعدم دستورية قصر العضوية لمجلس الشعب والشورى والمجالس المحلية على المنتمين للأحزاب السياسية لأن ذلك يؤدى لحرمان المستقلين غير المنتمين لأحزاب سياسية حرمانا مطلقا من حق الترشيح دون مقتضى من طبيعته أو متطلبات مباشرته.

وبالنسبة للحكم محل التحليل أخذت المحكمة بمعيار آخر نادر الاستخدام وهو معيار (القصد التمييزى) لواضعى التقسيم، إذ إن مواد قانون التقسيم قاطعة فى دلالتها على أن قصد المشرع هو التمييز فى المعاملة بين فئات المرشحين تمييزا قائما على أساس الانتماء الحزبى.

ويقترح د/ عادل خليل[96] – ونحن معه – اقتصار المحكمة فى تقويمها لدستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية على معيار – الأثر التمييزى – وحده، والذى يبدو أن معظم أحكام المحكمة السابقة استقرت على الأخذ به فى القضايا التى تناولت مخالفة مبدأى المساواة [97] وتكافؤ الفرص، لأنه أقل صعوبة فى الإثبات ويبعد المحكمة عن شبهة تقصى البواعث، ويستدرك سيادته ويرى أن الأخذ بمعيار القصد التمييزى لايعنى أن المحكمة أخذت بمعيار غير موضوعى يستلزم تحرى بواعث المشرع، إذ المحكمة فى الواقع يمكنها التوصل إلى توافر القصد التمييزى لدى المشرع من خلال البحث الموضوعى لنظام التقسيم.

ويلاحظ أن المحكمة لم تدرس فى أى من أحكامها الأربعة مسألة التفاوت بين الوزن النسبى للأصوات نتيجة التفاوت بين أعداد السكان لبيان ما إذا كان قد تم الإخلال بحق الانتخاب من عدمه، ولايفسر ذلك سوى ماقرره الأستاذ الدكتور كمال أبو المجد[98] من أن هذه المسألة تقترب كثيرا من أن تكون مسألة سياسية ، وليس معنى هذا أن تخرج الدعوى من اختصاص المحكمة على ماهو مقرر فى نظرية أعمال السيادة ، وإنما معناه أن تتجنب المحكمة فى شأنها مراجعة تقدير المشرع وإحلال رأيها محل رأيه (وهذا ماسلكته محكمتنا الموقرة).

وبداءة ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أن المسألة السالفة من المسائل السياسية ثم عدلت فى قضية بيكر ضد كار، ثم عادت بعد ذلك إلى الترخص فى قبول درجات من التفاوت كانت ترفضها فى حكم بيكر سنة ١٩٦٢.

ويلاحظ بصفة عامة أن محكمتنا الموقرة كانت متحمسة ومقدامة فى التصدى لدستورية أنظمة التقسيم ورفضت اعتبارها من المسائل السياسية، ولم تغفل إلا مسألة اختلاف الوزن النسبى للصوت الانتخابى سالفة الذكر دون غيرها من مساءل التقسيم، وربما يرجع السبب، للنص على اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة الدستورية بصلب الدستور خلافا للحال بالنسبة للمحكمة العليا والتى قررت بنفسها لنفسها حق الرقابة رغم غياب النص الصريح بالدستور على ذلك.

ولايبقى بعد كل ماسلف إلا أن نشير إلى أن أغلبية الفقه كانت تؤمن بضرورة حل مجلس الشعب القائم آنذاك وقد اختلف الرأى حول وسيلة الحل على النحو التالى :

١ – رأى يذهب إلى اعتبار المجلس منحلا بقوة القانون – منذ نشر الحكم بحسبان أن الحكم

كاشف عن مراد الدستور ومفهومه فى القضية المطروحة، ومن ثم فإن الأمر لايحتاج إلى وسيلة قانونية أخرى بجوار حكم المحكمة.

٢ - ورأى آخر ذهب إلى ضرورة أن يصدر قرار تمهيدى بحل المجلس يشير فى ديباجته إلى المادة ٧٣ من الدستور التى تجعل رئيس الجمهورية حكما بين السلطات، ثم يشير القرار الجمهورى إلى حكم المحكمة الدستورية العليا ثم يقرر اعتبار المجلس منحلا من يوم صدور الحكم.

٣ - وذهب رأى ثالث إلى أن يجرى الاستفتاء على حل المجلس ثم يجرى بعد ذلك حله [99].

ونرى أن أفضل الحلول كان هو الحل الثانى إلا أنه أخذ بالرأى الثالث رغم خطورته فى احتمال عدم موافقة الشعب على الحل، ورفض بعض كبار الفقهاء له [100]. وكان من الواضح وجود اطمئنان إلى أن الناس قد ضاقت من المجلس وأن الاستفتاء سينتهى قطعا إلى حله، وهو ماحدث بالفعل [101].

وصدر قرار جمهورى بقانون يعيد النظام الانتخابى الفردى بعد هذه المعارك القضائية المشار إليها، وعلى أساس هذا النظام أجرى الانتخابان اللاحقان لمجلس الشعب.

المطلب الرابع

حق الاستفتاء الشعبى

تمهيد :

إذا كانت الديمقراطية المباشرة هى حكم الشعب لنفسه بنفسه، والديمقراطية النيابية يتولى فيها الحكم نواب عن الشعب، فإن الديمقراطية شبه المباشرة هى وسط بين النظامين حيث ينتخب الشعب من يمثله فى مباشرة الحكم مع احتفاظه بحق التدخل أحيانا بنفسه فى بعض الأمور وذلك بعدة طرق منها، الاقتراح والاعتراض الشعبيين وكذا الاستفتاء الشعبى.

وقد عرف نظامنا السياسى الاستفتاء لأول مرة فى دستور سنة ١٩٥٦ بمناسبة اختيار رئيس الجمهورية حيث كان النظام ملكيا قبل الثورة.

وقد أخذ الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ بالاستفتاء فى ست حالات:

١ - الاستفتاء على اختيار رئيس الجمهورية (مادة ٧٦).

٢ - الاستفتاء على إعلان وتعديل الدستور (م ١٩٣، م ١٨٩).

٣ - الاستفتاء على الخلاف بين مجلس الشعب والحكومة (م ١٢٧).

٤ - الاستفتاء على الإجراءات المترتبة على تطبيق المادة ٧٤ من الدستور.

٥ - الاستفتاء على حل مجلس الشعب (م ١٣٦).

٦ - الاستفتاء فى المسائل الهامة (م ١٥٢) .

والحالات الثلاث الأولى لم تحن الفرصة للمحكمة الدستورية لتناولها بعكس الحالات الثلاث

الأخيرة، وسوف نحلل قضاء المحكمة بشأن الاستفتاء فى الفرع الأول وفى الفرع الثانى سوف نبين رأينا فى الموضوع.

الفرع الأول

تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بحق الاستفتاء المنصوص عليه بالمواد ٧٤، ١٣٦، ١٥٢ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١

أ - المادة (٧٤) [102]:

تنص المادة (٧٤) من الدستور على أنه « لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بيانا إلى الشعب ، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها».

وقد استخدم رئيس الجمهورية هذه المادة مرتين، الأولى عقب انتفاضة ١٨، ١٩ يناير سنة ١٩٧٧ والمعروفة باسم انتفاضة الحرامية، حيث أصدر الرئيس السادات القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ والذى نصت مادته رقم (١١) على طرحه للاستفتاء الشعبى تطبيقا لحكم المادة (٧٤) من الدستور، والمرة الثانية كانت نتيجة الفتنة الطائفية بين المسلمين والمسيحيين سنة ١٩٨١ والمعروفة باسم أحداث الزاوية الحمراء، حيث أعلن الرئيس السادات أيضا تطبيق المادة (٧٤) ، وأصدر القرار الجمهورى رقم ٤٩٨ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ٥ سبتمبر ١٩٨١ بدعوة الناخبين المقيدة أسماؤهم فى جداول الانتخاب يوم الخميس ١٠ سبتمبر ١٩٨١ ، لإبداء الرأى فى الاستفتاء على إجراءات ومبادىء حماية الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعى الواردة فى بيان رئيس الجمهورية إلى الشعب المصرى فى ٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ المرفق بهذا القرار .

وكان من ضمن الإجراءات التى اشتملها القرار الجمهورى رقم ٤٩٨ لسنة ١٩٨١ القرار رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٨١ بحل عدد من الجمعيات المشهرة وفقا لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة، ومن بينها جميعة أنصار السنة المحمدية فرع سوهاج، ونظرا لأن القرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ كان قد أضاف بندا جديدا للمادة (٣٤) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٤ بشأن حماية القيم من العيب مقتضاه اختصاص محكمة القيم دون غيرها بالفصل فى التظلمات من الإجراءات التى تتخذ وفقا للمادة ٧٤ من الدستور فقد حدث تنازع إيجابى بين جهة القضاء الإدارى من ناحية وجهة قضاء القيم من ناحية أخرى، الأمر الذى أعطى الفرصة للمحكمة الدستورية العليا للفصل فى الأمر مما اقتضى تحليل طبيعة قرار رئيس الجمهورية بحل الجمعية موضوع النزاع، حيث قضت المحكمة بأنه لايعدو أن يكون قرارا إداريا شأنه فى ذلك شأن القرار الذى يصدر عن وزير الشئون الاجتماعية بحل الجمعيات الخاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ إعمالا لنص المادة ٥٧ منه إذا ثبت ارتكابها لمخالفة جسيمة للقانون أو خروجها على النظام العام أو الآداب.

واستدركت المحكمة [103] وأكدت أنه لايحول الاستفتاء الشعبى دون الطعن على هذا القرار أو تطهيره من العيوب التى شابته، إذ ليس من شأن هذا الاستفتاء أن يرد قرارا معدوما إلى الحياة ولا

إسباغ الصحة على قرار ولد باطلا، ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة، ذلك أن العبرة فى تحديد التكييف القانونى لأى عمل تجرية السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان عملا إداريا أم من أعمال السيادة هى بطبيعة العمل ذاته [104].

ب - المادة (١٣٦) :

تنص تلك المادة على أنه « لايجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء .... »

وقد سبق لنا تناول الخلاف الفقهى الذى تم إثر صدور حكم المحكمة الدستورية التاريخى[105] بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ ، وانتهى الأمر الى الأخذ بالرأى الثالث الذى نادى بالاستفتاء على حل المجلس ثم يجرى بعد ذلك حله.

وتنفيذا لهذا الرأى أصدر رئيس الجمهورية القرار رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب، فأقيم إشكال أمام المحكمة الدستورية العليا طلب فيه الحكم بصفة مستعجلة بقبول الإشكال شكلا وبوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب فى يوم ١١ أكتوبر ١٩٩٠ شاملا كافة آثاره، مع الحكم تبعا لذلك باستمرار تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب متضمنا قضاءه ببطلان عضوية أعضائه وتشكيله، وقد انتهت المحكمة فى هذه الدعوى إلى القضاء بعدم الاختصاص تأسيسا على أن القرار الطعين إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين التى تمثل القاعدة الشعبية فى أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة، وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التى تتعلق بممارسة سلطة الحكم ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التى تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسئولية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء [106].

جـ - المادة (١٥٢) :

نصت تلك المادة على أن « لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا».

وقد طبقت هذه المادة ثلاث مرات : -

١ - المرة الأولى الاستفتاء الذى جرى على ورقة اكتوبر سنة ١٩٧٤ فى ١٥ مايو سنة ١٩٧٤ ، والتى قدمها الرئيس السادات عقب انتصار اكتوبر ١٩٧٣ ، وحدد فيها أهداف المرحلة القادمة وبرنامج عمل هذه المرحلة، والمرة الثالثة كانت تتعلق بالاستفتاء على معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل والاتفاق التكميلى الخاص بالحكم الذاتى الكامل فى الضفة الغربية وقطاع غزة.

ولم يتح للمحكمة الدستورية العليا الإدلاء بصدد هذين الاستفتاءين بقضاء.

٢ - المرة الثانية - وهى الوحيدة التى أتيح للمحكمة الدستورية الإدلاء بشأنها بقضاء تناول تكييف مسألة الاستفتاء - وهى تلك المتعلقة بالاستفتاء على مبادىء حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى فى ٢١ مايو سنة ١٩٧٨، والذى صدر بناء عليه القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى . ونص القانون المذكور فى مادته الرابعة على أنه «لايجوز

الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية لكل من تسبب فى إفساد الحياة السياسية قبل ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ سواء كان ذلك بالاشتراك فى تقلد المناصب الوزارية منتميا إلى الأحزاب السياسية التى تولت الحكم قبل ٢٣ يوليو ١٩٥٢، أو بالاشتراك فى قيادة الأحزاب وإدارتها ، وذلك كله فيما عدا الحزب الوطنى ، والحزب الاشتراكى (حزب مصر الفتاة)» وكان المدعى الاشتراكى قد أصدر قرارين تضمنا إخطار شخصين بانطباق حكم المادة الرابعة عليهما فطعنا فيهما بوقف التنفيذ والإلغاء أمام محكمة القضاء الإدارى التى أحالت الدعوى إلى المحكمة الدستورية لبحث مدى دستورية المادة الرابعة المذكورة.

وقد دفعت الحكومة أمام المحكمة الدستورية العليا [107] بعدم اختصاصها بنظر الدعوى تأسيسا على أن النص التشريعى المطعون عليه قد صدر بعد استفتاء شعبى تم إعمالا لنص المادة ١٥٢ من الدستور، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية، فأجابت المحكمة على هذا الدفع بأنه مردود لأن نص المادة (١٥٢) من الدستور لايخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها من الناحية السياسية، ومن ثم لايجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء - الذى رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها، كما أن الموافقة الشعبية على مبادىء معينة طرحت فى الاستفتاء، لاترقى بهذه المبادىء إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لايجوز تعديلها إلا وفقا للإجراءات الخاصة المنصوص عليها فى المادة (١٨٩) من الدستور، وبالتالى لاتصحح هذه الموافقة ماقد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور ، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور ، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالى لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة الدستورية، هذا فضلا عن أن النص التشريعى المطعون عليه قد صدر فى شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين فى مباشرة الحقوق السياسية التى كفلها الدستور، والتى ينبغى على سلطة التشريع ألا تنال منها وإلا وقع عملها مخالفا للدستور، ومن ثم لايكون ذلك النص قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية .

الفرع الثانى

رأينا فى الموضوع

يلاحظ أن نتائج الاستفتاء فى مصر تدور فى معظمها فى دائرة التسعات فهى بين ٩٩٪ و٩٩٫٩٩٩ ، ولايشذ عن ذلك الاستفتاءات التى جرت فى ظل دستور ١٩٧١. ومن البديهى أن هذه الأرقام مبالغ فيها وتوحى بعدم الاطمئنان لنتيجة هذا الاستفتاء، إذ من المستحيل عقلا حسبما يرى د/ محمد قدرى حسن[108] ورود هذه الموافقات شبه الاجماعية على هذه الاستفتاءات فالناس مختلفون فى طبائعهم وآرائهم واتجاهاتهم ومصالحهم لدرجة لايمكن أن تصل بهم إلى مثل هذا الاتفاق الذى لايتحقق للرسل والنبيين، ولايتصور أن قوة بشرية تستطيع جمع الناس على كلمة واحدة لايختلفون عليها.

ونرى أنه طالما لايتحقق الإشراف القضائى الكامل على الانتخابات فإن نتائجها وليس فقط الاستفتاء تكون غير حقيقية.

ولايتحقق الإشراف القضائى الكامل إلا بأن يتولى الإشراف على كل صندوق من صناديق اللجان الفرعية قاض، ولايجوز التحجج بقلة عدد القضاة إذ يمكن أن يتولى الأمر كافة أعضاء الهيئات القضائية ، ويمكن أن يجرى الانتخاب فى أكثر من يوم.

ويبدو التزوير الانتخابى جليا فى أن اللجنة العامة المكونة من مائة صندوق مثلا لايشرف القضاة إلا على عشرة منها، دون بقيتها، وعند الفرز نجد أن الصندوق الذى أشرف عليه القاضى إذا كان لايزيد عدد الأصوات فيه فى المتوسط عن ثلاثين صوتا، فإن الصناديق الأخرى التى لا إشراف قضائى عليها تصل فيها عدد الأصوات إلى مائتين وثلاثمائة.

ولايفسر هذا التناقض إلا وجود تزوير.

كما يلاحظ [109] تدنى المستوى الوظيفى للموظفين الذين يتولون رئاسة اللجان الفرعية، فهم فى معظمهم من الموظفين ذوى المؤهل المتوسط والذى لايزيد الدخل الشهرى لأى منهم عن مائة جنيه الأمر، الذى يسهل إما رشوتهم أو إرهابهم.

ويوم يثق المواطنون فى نزاهة الانتخابات والإشراف القضائى الكامل عليها فسوف يندفعون اندفاعا محموما للقيد فى الجداول الانتخابية - بعكس ماهو حادث الآن .

ويبدو أن ظروف البيئة [110] الانتخابية الموجودة فى مصر كان هو الدافع الأعظم للمحكمة الدستورية نحو ماقضت به بشأن حق الاستفتاء.

ولذلك فإن المرء يتعجب حقا مما رآه أستاذنا الدكتور[111] الطماوى من أن القانون الذى يقره الشعب عن طريق الاستفتاء يسرى حتى ولو خالف الدستور، إذ يعتبر الدستور حينئذ قد عدل بمقتضى هذا القانون مما يرفع القانون الذى تمت الموافقة عليه بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستورى.

ولاشك عندنا فى أن هذا الرأى لو أخذت به المحكمة الدستورية العليا لأدى إلى القضاء على الدستور فى مجمله وليس فقط مبدأ أو اثنان منه.

ويبدو من قضاء المحكمة الدستورية العليا أنها حمت أصل الحق فى اللجوء إلى الاستفتاء احتراما منها للنصوص الدستورية التى تقره، إذ لم تتدخل لتمنع اللجوء إليه فى القضية رقم ٤ لسنة ١٢ق (منازعة تنفيذ) ، جلسة ١٩٩٠/١٠/٩ ، بحسبانه يتعلق باستطلاع رأى الناخبين فى مسألة سياسية، وهى تلك المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية.

كما لم تنكر المحكمة على رئيس الجمهورية حقه فى استفتاء الشعب إعمالا لنص المادة (١٥٢) من الدستور ولاضرورة استفتاء الشعب على الإجراءات المتخذة وفقا للمادة (٧٤) من الدستور، إلا أن المحكمة من ناحية أخرى أكدت على أن هذا الاستفتاء لايصحح العيوب الدستورية التى تنطوى عليها النصوص التشريعية المقننة للمبادئ التى وافق عليها الشعب فى الاستفتاء ، ولايصحح القرارات الإدارية المعدومة أو الباطلة.

وهكذاتبدو عظمة محكمتنا الدستورية فى حمايتها لحق الاستفتاء تارة وفى عدم إنكارها له تارة، إلا أنها فى ذات الوقت لم تعمل هذا الحق إلى نهاياته غير المنطقية التى قد تؤدى - بل يقينا ستؤدى - إلى تآكل باقى الحقوق الدستورية.

المبحث الثانى

المجال الاقتصادى

تقسيم :

يعد المجال الاقتصادى مرتعا خصبا لنشاط المحكمة الدستورية وسوف نـرى أن المحكمة فى هـذا المجال كانت - كالعهد بها دائما - موفقة فـى أحكامها.

ولما كانت القوانين التى تفرض الضرائب مرتبطة بالمجال الاقتصادى لذا سندرسها فى مطلب أول وفى مطلب ثان سندرس حق الملكية وكيف فهمته المحكمة وحمته بصفة عامة ، ولما كانت العلاقات الإيجارية تعد مثالا واضحا لدفعة من القضايا التى حمت فيها المحكمة حق الملكية لذا سوف نركز على تلك القضايا فى مطلب ثالث ، وسوف نعرج فى مطلب رابع لتحليل الأحكام المرتبطة باقتصاد الدولة فى غيـر المجـال الضـريبى أو حق الملكيـة وأخـيـرا سنوضح فى المطلب الخـامس رأينا فى الموضوع.

المطلب الأول

المجـال الضريبى

يعد المجال الضريبى من أخطر المجالات التى تؤثر فيها أحكام المحكمة الدستورية العليا الحديثة لما لحكم المحكمة الدستورية من أثر مالى واسع الخطر فى هذا المجال ، بحسبان أنه يؤدى إلى رد الضريبة المقضى بعدم دستوريتها بعد دفعها بعدة سنوات وبعد أن تكون الدولة قد اعتمدت عليها فى تمويل نفقاتها وضبط موازنتها ، الأمر الذى يؤدى إلى ضرورة إعادة تدبير النفقات اللازمة لرد الضريبة ، مما يؤدى إلى كثير من الخلل والاضطراب فى ميزانية الدولة.

ورغم ذلك فقد وضعت المحكمة بأحكامها فى المجال الضريبى نبراسا هاما ينير الطريق أمام المشرع حال وضعه للقوانين الضريبية.

وسوف نستعرض فى هذا المطلب بعض القضايا الضريبية الهامة على النحو التالى :

١ - قضت المحكمة فى سنة ١٩٨٨[112] بدستورية نـص المادة ٣٦ مكررا (ز)[113] من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى والذى نعى المدعى عليها بعدم دستورية ماتضمنته من خصم رسوم إيداع المبالغ المحصلة من المستأجر خزانة المحكمة استنادا إلى أن هذا الخصم يتعارض مع نص الفقرة الثالثة من المادة (١١٩) من الدستور، التى تقضى بأنه لايجوز تكليف أحد أداء رسم إلا فى حدود القانون.

وقد أقامت المحكمة قضاءها على أن فرض الرسم على مايودع خزائن المحاكم قد تقرر بمقتضى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية ومن ثم فإن القانون هو الذى فرض رسم الإيداع ويعتبر المصدر المنشىء لهذا الرسم.

٢ - وطعن بعـدم الدسـتورية على نص المادة (٢) من القـانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ فى شـأن

الضريبة على العقارات المبنية والذى ينص على نهائية القرارات الصادرة عن مجلس المراجعة والذى يُتظلم أمامه من تقدير القيمة الإيجارية السنوية للعقار، وقضت المحكمة الدستورية العليا [114] بدستوريته بحسبان أن مجلس المراجعة هو مجرد هيئة إدارية متمتعة باختصاص قضائى والنهائية هنا هى نهائية القرار، أى لايكون قرار الجهة الإدارية خاضعا - فى مجال إقراره - لتصديق جهة أعلى منها أو لتعقيبها ولازم ذلك أن يكون قرار الجهة الإدارية مستكملا عند صدوره عنها لكل المراحل التى يتكامل بها وجوده قانونا، فلا تبقى حلقة منها بيد جهة أخرى، وهى غير النهائية المؤدية لعدم الدستورية والتى تمنع الفرد من النفاذ إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية التى يطلبها لرد العدوان على الحقوق التى يدعيها.

ومن ثم فقد انتهت المحكمة إلى أن النعى على النص المطعون فيه بمخالفة نص المادة (٦٨) من الدستور والذى يحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، لامحل له.

٣ - وفى قضية أخرى نظرت المحكمة فى دستورية قانون يفرض الضريبة على التصرفات العقارية بأثر رجعى وذهبت المحكمة إلى أن الأثر الرجعى للضريبة فى حد ذاته لامخالفة دستورية فيه للمادة (١٨٧) من الدستور إذ تجيز تلك المادة الرجعية فى غير المواد الجنائية بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب، إلا أن الأصل ألا يلجأ المشرع لتقرير رجعية الضريبة إلا إذا أملته مصلحة اجتماعية لها وزنها، وذلك بالنظر إلى الآثار الخطيرة التى تحدثها الرجعية فى محيط العلاقات القانونية، ومايلابسها بوجه خاص فى أغلب الأحوال وأعمها من إخلال بالاستقرار وإهدار للثقة المشروعة فى التعامل ومساس بالحقوق.

وأكدت المحكمة أن الأثر الرجعى الذى تضمنه النص التشريعى المطعون فيه - وعلى ما أوراه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتب اللجنة الاقتصادية بمجلس الشعب عنه - قد تقرر بعد أن قرر المشرع ملاحقة ما اعتبره ثراءً مفاجئا حققه ممولو الضريبة المفروضة بموجبه من خلال تصرفاتهم العقارية بعد العمل بسياسة الانفتاح الاقتصادى بدءا من أواخر سنة ١٩٧٣ وماصاحبها من زيادة أثمان العقارات ولم تكن أرباحهم وقتئذ خاضعة لأية ضريبة نوعية ولا للضريبة العامة على الإيراد بالتالى . وذهبت المحكمة إلى أن تقرير الرجعية يخل بالثقة المشروعة فى التعامل ويجاوز مبلغها الحدود المنطقية لتوقع المتعاملين فى إطارالضريبة القديمة الأمر الذى يجافى مفهوم العدالة الاجتماعية التى يقوم عليها النظام الضريبى ويخالف بالتالى نص المادة (٣٨) [115] من الدستور.

٤ - وفى سنة ١٩٩٣ تعرضت [116] المحكمة لدستورية قانون الضريبة على الأرض الفضاء رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٨. وذهبت إلى أن تلك الضريبة هى ضريبة مباشرة على رأس مال لايغل دخلا يتمثل فى الأرض الفضاء الواقعة داخل نطاق المدن فى المناطق المتصلة بالمرافق العامة الأساسية من مياه ومجار وكهرباء والتى لاتخضع لأى من الضريبة على العقارات المبنية أو الضريبة على الأطيان الزراعية، وأنها ضريبة دورية متجددة تستحق سنويا طالما لم تتغير طبيعتها بالبناء عليها أو بزراعتها فتخضع بذلك لضريبة أخرى.

وأكدت المحكمة أن النص مخالف للمادة (٣٤) من الدستور التى تصون الملكية الخاصة بالإضافة

إلى إخلاله بالعدالة الاجتماعية المنصوص عليها بالمادة (٣٨) منه.

ويقوم هذا القضاء على ركيزة من أنه لايجوز أن تفرض الضريبة ويحدد وعاؤها بما يؤدى إلى زوال رأس المال المفروضة عليه كلية أو الانتقاص منه بدرجة جسيمة ، فما لذلك الغرض شرعت الضريبة ، وماقصد الدستور أن تؤدى فى نهاية مطافها أن يفقد المواطن رأس المال المحمل بعبئها، من أجل ذلك كان الدخل- باعتباره من طبيعة متجددة ودورية - هو الذى يشكل على اختلاف مصادره الوعاء الأساسى للضرائب ، وبحسبانه التعبير الرئيسى عن المقدرة التكليفية للممول، بينما يشكل رأس المال وعاء تكميليا للضرائب لايلجأ المشرع إلى فرض الضريبة عليه إلا استثناء ولمرة واحدة - أو لفترة محدودة وهو الأمر الذى تخلف فى الضريبة محل الموضوع.

٥ - وبالنسبة لضريبة العاملين بالخارج والتى كان المشرع قد فرضها بالقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ وكان يفرضها بصورة مبلغ مقطوع يختلف باختلاف درجات العاملين، وتسرى تلك الضريبة على العاملين بالدولة والقطاع العام وبكادرات خاصة الحاصلين على إعارة أو أجازة خاصة بدون مرتب للعمل بالخارج، فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية فرضها استنادا على الركائز والأسس الآتية :

أ - إنه إذا حدد المشرع وعاء للضريبة التى فرضها بأن حصره فى أجور العاملين ومرتباتهم التى يتقاضونها عن عملهم فى الخارج ، تعين أن يكون مبلغ الضريبة متأتيا من مصدر هذا الدخل دون سواه ومترتبا على وجوده حقيقة لاحكما - فاذا كان دين الضريبة منفصما عن وعائها وليس نتاجا لتحققه دل ذلك على أن الرابطة المنطقية والحتمية بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها. بما يناقض الأسس الموضوعية للضريبة.

ب - إنه إذا أفرد الدستور بابه الثالث للحريات والحقوق والواجبات العامة وصدره بالنص فى المادة (٤٠) منه على أن المواطنين لدى القانون سواء فإن هذا المبدأ وسيلة لتحقيق الحماية القانونية *المتكافئة التى لاتمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، وهو الأمر الذى تخلف فى الضريبة* محل الموضوع، ذلك أن القانون المطعون فيه صدر - حسبما يبين من عنوانه - بفرض ضريبة على مرتبات العاملين بالخارج إلا أن نصوصه قصرت أحكامه على العاملين فى الدولة والقطاع العام أيا كانت طبيعة النظم الوظيفية التى يخضعون لها.

وبذلك خرج من مجال سريانها غير هؤلاء ممن يحققون دخلا ناجما عن عملهم فى الخارج وهم فئة من المواطنين كان من الواجب إخضاعهم للضريبة إلا أن ذلك لم يحدث مما يعد إخلالا بالتكافؤ فى المعاملة القانونية.

جـ - ومن ناحية أخرى فإنه لما كان الشاغلون لهذه الدرجة يتفاوتون فيما بينهم فيما قد يحصلون عليه من دخل لقاء عملهم خارج جمهورية مصر العربية فإن إخضاعهم جميعاً لضريبة واحدة ثابت مبلغها يعتبر - ومن هذه الناحية - مناهض لمبدأ المساواة أمام القانون [117]، [118] .

وقد انتقد هذا الحكم تأسيسا على مايلى [119] : -

أولا - إنه يمكن الرد على الحجة الأولى المتعلقة بتخلف الرابطة المنطقية بين وعاء الضريبة ومبلغها بأن سعر الضريبة تحدد على أساس الدرجة الوظيفية للعامل ومرتبه عنها فى مصر وهو

محور الإنفاق العام المبرر لفرض هذه الضريبة حسبما أوضحت المذكرة الايضاحية للقانون الطعين، إذ قسمت مجموع الدرجات الوظيفية إلى طبقات يراعى فى تحديدها تقارب المستوى الوظيفى بين عناصر كل طبقة فى سلم التدرج الإدارى فى مصر، وحددت لكل طبقة عنها سعرا تصاعديا مع ارتفاع الدرجة الوظيفية وبالتالى المستوى الوظيفى والذى يعكس فى الوقت ذاته حجم الإنفاق العام المسوغ لفرض هذه الضريبة، بما يضمن تحقيق العدالة الاجتماعية بين الخاضعين لأحكام القانون الطعين فى تحمل الأعباء والتكاليف العامة، ذلك أن تقرير الضريبة لايستهدف مشاركة العامل فى رزقه أو الحصول على نسبة معينة منه وإنما المقصود منه مساهمة العامل فى الأعباء التى تتكبدها الدولة فى شأنه حال وجوده فى الخارج للعمل، والمقياس الحقيقى فى تقدير هذه الأعباء لايكون بالنظر إلى الأجر الذى يحصل عليه العامل فى الخارج، وإنما إلى الدرجة الوظيفية للعامل والتى تعكس حجم الإنفاق العام الذى تتحمله الدولة للحفاظ على الوضع الوظيفى للعامل خلال فترة وجوده بالخارج ، وهذا مايتفق مع العدالة الاجتماعية.

ثانيا : وعن الإخلال بالتكافؤ فى المعاملة القانونية بين العاملين فى الحكومة والقطاع العام والكادرات الخاصة وبين غيرهم فإن ذلك مرده إلى اختلاف المعاملة التى توليها الدولة لكل من هاتين الطائفتين إبان فترة العمل فى الخارج، إذ فى الوقت الذى لاتلتزم فيه الدولة تجاه العاملين بالقطاع الخاص بأية التزامات بحسب الأصل نجدها على العكس تماما ملتزمة بتوفير العديد من المزايا والضمانات لطائفة العاملين الصادرة فى شأنهم النصوص الطعينة، إذ تكفل الدولة لهم الحصول على إجازات خاصة وإعارات للعمل بالخارج الأمر الذى ينطوى على بعد عن مباشرة الوظيفة ومساس بحجم الإنتاج ، فى الوقت الذى تظل فيه الدولة قائمة على رعاية مصالح العامل المعار أو القائم بالإجازة الخاصة إذ تضمن له الاحتفاظ بوظيفته وتدرجه فى درجاتها وحصوله على علاواتها واستفادته من التسويات والإصلاحات التى تتقرر فى هذا الشأن بحكم استمرار العلاقة الوظيفية، بالإضافة إلى الاستفادة من نظم التأمينات الاجتماعية والتكافل الاجتماعى مع قيام الدولة بسداد جزء من حصة اشتراكات التأمينات فى بعض الأحوال.

وأنه إزاء وجود هذه الضمانات بما ترتبه من أعباء على الدولة فإنه تحقيقا للعدالة فى توزيع الأعباء كان من اللاز م تقرير هذه الضريبة.

ثالثا : وعن الحجة الثالثة والمتعلقة بتفاوت الأجر فإنه مردود عليها بوجود صعوبة عملية قد يستحيل معها تحديد سعر الضريبة بالنظر إلى المرتب أو الأجر الذى يحصل عليه العاملون فى الخارج.

ونرى أنه إذا كانت وجهة نظر المحكمة فى هذه الضريبة تستند الى أسباب قويه فإن وجهة النظر المعارضة هى الأخرى ليست ضعيفة، وربما ماكان يمكن أن يحسم و جهة نظر المحكمة هو تقريرها لمبدأ إقليمية الضريبة والقضاء بعدم دستورية الضريبة استنادا إليه، بحسبانه مبدئا لاتقوم الضريبة بدونه فلايجوز لدولة أن تتجاوز تخومها وحدودها الإقليمية لتفرض الضريبة على وقائع نشأت واكتملت خارجها، وقد استقر هذا المبدأ فى الضمير الإنسانى والعالمى -حسبما نظن - أو على الأقل فى طريقه إلى ذلك، ويبدو أن المحكمة رأت أن مبدأ إقليمية الضريبة لم يحن بعد أوان إقراره تحسبا لظروف أفضل فى المستقبل.

٦ – وفى قضية أخرى أوضحت المحكمة أن الأصل أن يتوخى المشرع بالضريبة التى يفرضها أمرين يكون أحدهما أصلا مقصودا ابتداءً primary motive ويتمثل فى الحصول على غلتها لتعود إلى الدولة وحدها، تضعها فى خزانتها العامة لتعينها على مواجهة نفقاتها، ويكون ثانيها مطلوبا منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة incidential motive كاشفا عن طبيعتها التنظيمية دالا على التدخل بها لتغيير بعض الأوضاع القائمة وبوجه خاص من زاوية تقييد مباشرة الأعمال التى تتناولها أو حمل المكلفين – من خلال عبئها – على التخلى عن نشاطهم .

وتظل للضريبة مقوماتها من الناحية الدستورية ولاتزايلها طبيعتها هذه ، لمجرد أنها تولد آثارا عرضية بمناسبة إنشائها.

وإذا كانت خصائص الضريبة قد أوضحتها المحكمة على النحو المذكور فقد استدركت وأكدت أن الضريبة تتجرد من خصائصها إذا كان من شأنها تدمير وعائها أو كان لها وطأة الجزاء بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التى ينبغى أن تتوخاها أصلا ، وكذلك كلما قام الدليل على انتفاء المصلحة المشروعة التى تسوغها وهو مايقع بوجه خاص إذا كان معدل الضريبة أو أحوال فرضها مناقضا للأسس الموضوعية التى لاتقوم الضريبة إلا بها.

وأكدت المحكمة أن هناك من الأمور مايمكن التجاوز عنه ولايشكل مخالفة دستورية مثل أن تكون حصيلتها متناهية فى ضآلتها أو أن يكون باعثها غير مرض بوجه عام أو أن يكون هدفها الحصول أصلا من المكلفين بها على مبلغها مع تنظيم نشاطهم عرضا بما يجعل استمرارهم فيه مرهقا.

وأكدت المحكمة[120] أن أموال الدولة بكل مكوناتها وكذلك ضوابط إنفاقها يهيئان معا الظروف الضرورية التى تفى السلطة التنفيذية من خلالها بواجباتها ويعد إلزاما دستوريا يقيد السلطة التشريعية أن تربط الموارد المالية فى جملتها بمصارفها تفصيلا وهذا هو جوهر اختصاصها فى مجال ضبطها لمالية الدولة ، والأصل فى الضريبة – باعتبار أن حصيلتها تعد إيرادا عاما – أن يؤول مبلغها إلى الخزانة العامة لينتج مع غيره من الموارد التى تم تدبيرها.

ومن حيث إن القانون رقم ٨٠لسنة ١٩٦٩ يفرض فى المادة ٧٩/د منه دمغة مقدارها قرش صاغ واحد عن كل برميل من البترول الخام لصالح نقابة بذاتها وهى نقابة المهن العلمية، واختصها بحصيلتها التى تؤول مباشرة إليها فلاتدخل خزانة الدولة أو تقع ضمن مواردها ليمتنع استخدامها فى مجابهة نفقاتها العامة ولتكون فى حقيقتها معونة مالية رصدتها الدولة لتلك النقابة – لاعن طريق الضوابط التى فرضها الدستور فى شأن الإنفاق العام – ولكن من خلال قيام الضريبة المطعون عليها بدور يخرجها عن مجال وظائفها ويفقدها مقوماتها لتنحل عدما، فمن ثم فإن الأمر يقتضى الحكم بعدم دستوريتها لمخالفتها أحكام المواد (٦١ و١١٥ و ١١٦ و ١١٩و ١٢٠ من الدستور).

٧ – وقد قضت المحكمة الدستورية العليا سنة ١٩٩٦ فى دستورية قانون الضريبة على الاستهلاك رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ وانتهت إلى الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية [121] من القانون المذكور فيما قررته من تخويل رئيس الجمهورية، تعديل جدول الضريبة المرافق للقانون وبسقوط ما تضمنته هذه الفقرة والفقرة الثالثة من تلك المادة من أحكام أخرى وكذلك بسقوط قرارى رئيس الجمهورية رقمى ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦ [122] .

ويقوم هذا القضاء على ركيزة مما يلى :

– أن البين من نص المادة (١٠٨) من الدستور أن التفويض [123] التشريعى الصادر عن مجلس الشعب ، لايجوز أن يكون مطلقا بل محددا ، وعلى الأخص من جهتين .

أولاهما: أن التفويض لايصدر إلا متعلقا بتنظيم موضوع معين متضمنا بيان الأسس التى يقوم عليها هذا التنظيم .

ثانيتهما: أن رئيس الجمهورية لايمارس مافوض فيه من اختصاص فى شأن هذا الموضوع ، إلا خلال فترة زمنية لايتعداها يبينها قانون التفويض ، فإذا خلا منها، كان التفويض ممتدا فى الزمان إلى غير حد متضمنا إعراض السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها الأصيلة ناقلا مسئوليتها إلى السلطة التنفيذية ومخالفا للدستور بالتالى .

ولما كان النص المطعون فيه لايقيد رئيس الجمهورية – فيما فوض – بزمن معين يكون ميعادا موقوتا محددا سلفا من قبل السلطة التشريعية، فإن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بتعديل الجدول المرافق لقانون الضريبة المطعون عليها لايكون منحصرا بين تاريخين، بل متراميا متحررا من قيد الزمن وباطلا .

إضافة الى أن التفويض الذى تم بالنص المطعون فيه يخول رئيس الجمهورية وفى الحدود التى بينها قانون التفويض – إنشاء ضريبة عامة ومن ثم فإن فرضها حينئذ يكون فى حدود القانون وليس بقانون وهو مايعنى مساواتها بغيرها من الفرائض المالية لتصدر جميعها فى حدود القانون بالمخالفة لمقاصد الدستور والمادة ١١٩ منه.

وأكدت المحكمة على أن إقرار السلطة التشريعية للضريبة العامة التى فرضها رئيس الجمهورية لايزيل عوارها ولايحيلها إلى عمل مشروع دستوريا. ولايدخل تشريعها فى عداد القوانين التى تقرها السلطة التشريعية مقيدة فى شأن اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها فى الدستور [124].

المطلب الثانى

حق الملكيــــــة

حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور ١٩٢٣– على مبدأ صون الملكية الخاصة وخدمتها باعتبارها فى الأصل ثمرة النشاط الفردى وحافزه على الانطلاق والتقدم ، فضلا عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التى يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدى وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومى، ومن أجل ذلك حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبرا عن صاحبها إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض وفقا للقانون (المادة ٩ فى كل من دستور سنة ١٩٢٣، ودستور سنة ١٩٣٠، والمادة (١١) من دستور سنة ١٩٥٦، والمادة (٥) من دستور سنة ١٩٥٨، والمادة (١٦) من دستور سنة ١٩٦٤ ، والمادة (٣٤) من دستور سنة ١٩٧١)، كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض (المادة ٣٥)، بل إنه إمعانا فى حمايــة الملكية الخاصة ومنع الاعتداء عليها بغير حق حظر هذا الدستور المصادرة العامة حظرا مطلقا، كما لم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى (المادة ٣٦).

١ – ولقد ذهبت المحكمة فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٨٨/١/٢ [125] إلى أنه لما كان التعويض المستحق لأصحاب *المنشآت الصحفية التى آلت ملكيتها إلى الاتحاد القومى، إنما يقدر بقدر قيمتها*، وفقا لأحكام القرار بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠ أى أنه تعويض مقابل لتلك القيمة ومعادل لها، ومن ثم، وإذ نص القرار بقانون رقم ١٧٩ لسنة ١٩٦٣ المطعون فيه على تحديد مبلغ ١٥ ألف جنيه حدا أقصى لهذا التعويض الذى كان قد استحق كاملا لأصحاب الصحف بصدور القرار بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠، فإنه يكون قد انتقص من هذا التعويض وانطوى بذلك على اعتداء على الملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة (٣٤) من الدستور التى تكفل صون هذه الملكية.

وفى ذات الاتجاه قضت المحكمة بجلسة ١٩٩٢/٣/٧[126] بعدم دستورية البند ب من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نص عليه من وضع حد أقصى للتعويض لايجاوز ثلاثين ألف جنيه ، وأكدت المحكمة أنه لا وجه لقاله أن المشرع قد التزم بالحد الأقصى المشار إليه باعتباره يمثل خطا اشتراكيا قصد به تذويب الفوارق بين الطبقات، ذلك أن التزام المشرع بالعمل على تحقيق هذا المبدأ ، لايعنى ترخصه فى تجاوز الضوابط والخروج على *القيود التى تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى*، ومنها صون *الملكية* الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود وبالقيود التى أوردتها نصوصه .

ولاحظت المحكمة أن المشرع الدستورى قد عنى – فى التعديل الصادر بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ – عند تحديد الأساس الاقتصادى للدولة فى المادة الرابعة من الدستور بأن يستعيض عن عبارة « ويهدف إلى تذويب الفروق بين الطبقات» بعبارة « ويؤدى إلى تقريب الفوارق بين الدخول ويحمى الكسب المشروع ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة »، وهى ذات العبارة التى أوردها فى المادة ٢٣ منه والتى تنص على أن « ينظم الاقتصاد القومى وفقا لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومى وعدالة التوزيع ، ورفع مستوى المعيشة، والقضاء على البطالة، وزيادة فرص العمل، وربط الأجر بالإنتاج ، وضمان حد أدنى للأجور، ووضع حد أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخول» وبذلك يكون الأساس الذى أقام عليه النص المطعون فيه حكمه مصادما للدستور [127].

٢ – ولم تجد المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩١/٥/٤ [128] أى اعتداء على حق الملكية فى التنظيم التشريعى لقيود البناء على الأرض الزراعية (المادة ١٥٢ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣) ، حيث ذهبت المحكمة إلى أن القصد من هذا التشريع هو مواجهة ظاهرة البناء عليها بما ينتقص من رقعتها ويحد من غلتها وباعتبار الحفاظ عليها لازما للتنمية الاقتصادية ، دون غل ليد المالك عن إدارة أرضه أو التصرف فيها أو البناء عليها كلية. ولما طعن ثانية على ذات التنظيم التشريعى (م ١٥٢ المذكورة) ، ذهبت المحكمة[129] إلى أن قضاءها السالف هو فصل نهائى فى الموضوع لايقبل تعقيبا منها ولا من غيرها، ويكون لغوا إثارة الأمر مجددا .

٣ – وفى حكم المحكمة الصادر بجلسة ١٩٩٣/٢/٦ [130] بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن الحراسة، الذى يقرر ألا تقبل الدعاوى المتعلقة بالحقوق الناشئة عن الحراسة التى فرضتها الدولة – قبل العمل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم سلامة الشعب أو المترتبة عليها، مالم ترفع الدعوى بشأنها خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون، ذهبت المحكمة إلى أن مؤدى النص المذكور هو أن هذا

الميعاد مرتبط بدعوى الاستحقاق التى تحمى تلك الحقوق ممايعنى إسقاط الحق فى إقامتها بفواته.

ورفضت المحكمة الأمر السالف بحسبان أنه من المقرر أن لحق الملكية خاصية يتميز بها عن غيره من الحقوق العينية والشخصية، تتمثل فى أن الملكية وحدها هى التى تعتبر حقا دائما، وأنه وأيا كانت المدة التى يخرج فيها الشىء عن حيازة مالكه، فإنه يظل متمتعا بالحق فى حمايتها وردها إليه حال اغتصابها منه دون أن يتقيد فى ذلك بزمن معين إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره وفقا للقانون.

وإذا كان من المقرر أن حق الملكية يظل باقيا مابقى الشىء محلها منقولا كان أم عقارا، فإن حق الملكية ذاته يكون غير قابل للسقوط بالتقادم ولايتصور بالتالى أن تسقط بالتقادم الدعوى التى تقام لطلبه.

والحقيقة أننا رغم تأييدنا التام لما ذهب إليه الحكم فى منطوقه، نرى بعض التناقض فى أسبابه، إذ بينما يقرر الحكم بصورة ملزمة قاطعة أن حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم ولايتصور بالتالى أن يسقط بالتقادم الدعوى التى تقام لطلبه، يعود ليؤكد فى فقرة سابقة على تلك حق المالك فى حماية ملكه دون تقيد بزمن معين إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره وفقا للقانون إشارة إلى التقادم المكسب للملكية .

وإذا كانت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا تعتد بالتقادم حال تفسيرها للمادة ٤٩ منه، فلايجوز للمحكمة أن تنكر التقادم كلية .

ونرى أن المحكمة كان يمكنها القضاء بعدم الدستورية استنادا إلى أن الحق فى حماية الملكية لايسقط طالما أن حق الملكية ذاته لازال قائما ، إذ لايجوز قيام الحق فى الملكية بدون دعوى تحميه .

وفى ذات الاتجاه الرافض لوضع مدة زمنية لرفع دعوى الاسترداد ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٥/١٥ (131) إلى عدم دستورية المادة الخامسة والعشرين من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ بتسليم الأعيان التى تديرها وزارة الأوقاف إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى والمجالس المحلية، وذلك فيما تضمنته من اعتبار نصيب كل من لم يتقدم بطلبه إلى وزارة الأوقاف – فى الميعاد المنصوص عليه فيها– وقفا خيريا.

واعتبرت المحكمة أن الوقف على غير الخيرات « الأهلى » والذى أنهاه المشرع مؤداه أن المستحقين صاروا مالكين لحصص باتة غير معلقة، وحرمانهم منها بالنص التشريعى المطعون فيه هو إسقاط للملكية عن أصحابها، وعدوان مباشر عليها.

٤ – وفى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٥/٨/٥(132) أوضحت المحكمة بصورة أكثر تفصيلا المفهوم الدستورى الصحيح لحق الملكية فأكدت على أن الدستور – إعلاء من جهته لذوى الملكية الخاصة ، وتوكيدا لإسهامها فى صون الأمن الاجتماعى – كفل بالمادتين ٣٢ و٣٤ حمايتها لكل فرد – وطنيا كان أم أجنبيا – ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة – فى الأعم من الأحوال – إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها ، وأحاطها بما قدره ضروريا لصونها، مُعبدا بها الطريق إلى التقدم ، كافلا للتنمية أهم أدواتها، محققا من خلالها إرادة الإقدام، هاجعا لتوفر ظروفا أفضل لحرية الاختيار والتقرير، مطمئنا فى كنفها إلى يومه وغده ، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها

ومنتجاتها وملحقاتها ، فلا يرده عنها معتد، ولا يناجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من دون الآخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التى تعينها على أداء دورها وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها.

وفى فقرة أخرى تضيف المحكمة أنه لم يعد جائزا أن ينال المشرع من عناصرها ، ولا أن يغير من طبيعتها ، أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تتفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العدوان عليها غصبا، وافتئاتا على كيانها أدخل إلى مصادرتها.

إلا أن المحكمة تعود فتستدرك فى فقرة ثالثة لتحدد مدى إمكانية المشرع فى تقييد الملكية ، فسوغت تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، بحسبانها وظيفة لايتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التى ينبغى رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماعى فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها، وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية، للحد من إطلاقها ، لاتعتبر مقصودة لذاتها بل غايتها خير الفرد والجماعة [133].

٥ – وفى تطبيق دقيق للمبادئ المذكورة بالحكم المشار إليه ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/١[134] إلى عدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ بتخويل وزير التعليم سلطة الاستيلاء على العقارات اللازمة للوزارة ومعاهد التعليم.

وقد تأسس هذا الحكم على ركيزة من أن القانون الطعين قد أطلق زمن الاستيلاء من كل قيد، وصار بالتالى ممتدا دون حد ، مالم تقرر الجهة الإدارية بنفسها رد الأموال المستولى عليها لأصحابها، وكان صون الملكية الخاصة وإعاقتها لايجتمعان، ومن ثم فإن هدم بنيانها من خلال قيود ترهقها مع استمرارها دون مبرر، يكون افتئاتا عليها، منافيا للحق فيها.

المطلب الثالث

العلاقات الإيجارية

تعد القضايا الدستورية المتعلقة بالعلاقات الإيجارية مرتعا خصبا لحماية حق الملكية لأن حق المالك يبرز حين إذ كحق مقابل لحق المستأجر.

وقد لاحظت المحكمة بروز الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية بوجه خاص فى مجال الإسكان حيث تتزاحم كثرة من القيود فى نطاق مباشرة المالك لسلطته فى مجال استغلال ملكه، وهى قيود قصد بها مواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكنى لمقابلة الزيادة فى الطلب عليها، ولازم ذلك أن تدور هذه القيود وجودا وعدما مع علة تقريرها، وباعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها وتوافرها هو مناط الحماية التى يقرر المشرع بموجبها امتداد العقد .

١ – وقد ذهبت المحكمة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/٣/١٤[135] إلى رفض الدعوى المرفوعة طعنا على دستورية المادة (٢٢) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

وقد تأسس هذا القضاء على ركيزة من أن دلالة النص بعبارته وفحواه أن إقامة المستأجر عقارا

مملوكا له تزيد وحداته السكنية على ثلاث، تقتضى أن يشغل إحداها بدلا من العين التى يستأجرها ، فإن آثر البقاء فيها كان ذلك تحكما وانتهازا لاسبيل لدفعه إلا بتوفيره لمؤجرها أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية مكانا ملائما بديلا عنها بالعقار الذى أقامه ، بما لايجاوز مثلى أجرتها، والحكم المذكور لاينطوى على عدوان من المؤجر على ملكية المستأجر للعقار الذى أقامه ، وأساس ذلك أن بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء المدة الاتفاقية للعقد، يفترض استمرار حاجته إليها بوصفها مكانا يأويه وأسرته، وعلى خلاف ذلك يتأتى العدوان من جهته باقتران احتفاظه بها بامتناعه عن أن يوفر فى عقاره مكانا ملائما بديلا للمؤجر أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية، ولو أنه تخلى عنها بعد انتفاء حاجته إليها لعاد إليه الحق كاملا فى استعمال عقاره واستغلاله بالطريقة التى يراها.

وهكذا استخدمت المحكمة معيار الضرورة أو الحاجة للتوصل إلى أن القيود التى فرضها المشرع على المستأجر الذى يبنى عقارا على نحو ماسلف مبررة ولاشية فيها.

٢ - والمعيار الآنف هو الذى استخدمته المحكمة أيضا بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٣/٢٠ [136] للتوصل إلى ماقضت به من رفض الدعوى المرفوعة طعنا على دستوريه المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والتى قصرت فقرتها الأولى سريان أحكام الباب الأول من القانون على عواصم المحافظات والبلاد المعتبرة مدنا بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون الحكم المحلى والقوانين المعدلة له.

وذهبت المحكمة إلى أن المشرع لمواجهة أزمة الإسكان الحادة أصدر تشريعات استثنائية قصر سريانها أصلا على المدن بحيث لاتنطبق على القرى إلا استثناء وعلى ضوء الضرورة المرتبطة بأوضاعها وظروفها الخاصة ، وذلك خلافا للمدن التى أفصح الواقع العملى عن أن أزمة الإسكان واقعة فى نطاقها أصلا.

وهكذ فإن الضرورة هى التى بررت تلك القوانين الاستثنائية ، وهى التى بررت اختلاف معاملة المدن عن القرى، ومن ثم لامجال للادعاء بمخالفة مبدأ المساواة

٣ - وقد انتقلت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/٧/٣ [137] إلى تطبيق معيار جديد مضافا إلى المعيار السالف ومحددا سلطة المشرع فى تقييد حق الملكية بألا تؤدى إلى إثراء مستأجر العين وإفقار مالكها.

وقد قضت المحكمة فى هذا الحكم بعدم دستورية المادة (٥) من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية ، فيما انطوت عليه من استثناء تنازل الطبيب أو ورثته من بعده عن حق إجارة العين المتخذة مقرا لعيادته الخاصة لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة، من الخضوع لحكم المادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه، لم يلتزم بالقواعد التى تنظم التنازل بوجه عام، والتى تضمنتها المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ آنف البيان بل أسقطها بتمامها، ليمتنع على المالك بعد إذ الخيار بين حقين كفلتهما المادة ٢٠ من هذا القانون، هما أن يحصل على ٥٠٪ من مقابل التنازل إذا أراد إعمال آثاره أو أن يستعيد العين من مستأجرها بعد أداء تلك القيمة مع إنهاء العلاقة الإيجارية التى ارتبطا بها فى شأنها.

وأكدت المحكمة أن ذلك يؤدى إلى حصول المستأجر على حقوق لايسوغها مركزه فى مواجهة المؤجر ممايعد إثراء للمستأجر وإفقارا للمالك، وتفضيل للمستأجرين من الأطباء على من عداهم من المستأجرين رغم تماثل مراكزهم القانونية مما يخالف مبدأ المساواة.

٤ – وبعد ذلك انتقلت المحكمة لتصب جام غضبها على المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، ولم يحدث فى تاريخ المحكمة الدستورية العليا أو حتى المحكمة العليا«الدستورية» أن تعرضت مادة واحدة من مواد قانون ما لخمسة أحكام موضوعية بعدم الدستورية يبطل كل حكم منها فقرة من فقراتها أو جزء منها والبقية تأتى. وكانت المحكمة قد قضت فى حكمها الأول – السابق على الحكم المذكور فى (٣) – والصادر بجلسة ١٩٩٥/٣/١٨[138] بعدم دستورية ماتضمنته المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن – عند ترك المستأجر الأصلى له – لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه فى العين المؤجرة مدة سنة سابقة على ترك العين أو مدة شغله لها أيهما أقل.

ووفقا لذات الأسس أصدرت المحكمة حكمها الثالث بجلسة ١٩٩٧/١/١٦[139] بعدم دستورية ذات المادة والفقرة فيما تضمنته من استمرار عقد المسكن عند وفاة المستأجر الأصلى.

واعتبرت المحكمة أن ذلك النص يسمح لأقارب المستأجر تارك العين أو المتوفى – بالمصاهرة – بالتحايل لسلب حقوق المؤجر فى ملكه ، مما يمثل تعديا على الملكية وإثراء لمستأجر العين وإفقارا لمالكها.

ووفقا لذات المنطق أصدرت المحكمة حكمها الخامس بعدم دستورية المد لأقارب المستأجر المتوفى بالنسب.[140]

ويلاحظ أنه حتى تاريخه لم تدل المحكمة بدلوها فيما يتعلق بأقرباء المستأجر نسبا حال الترك ومن المتصور صدور هذا الحكم السادس بعدم الدستورية فى أى وقت [141] .

وسوف نتناول بتحليل أكبر حكمى المحكمة الثانى والرابع المتعلقان بالفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ نظرا لأهميتهما الكبرى فى مجال العلاقات الإيجارية ولردود الأفعال الكبيرة التى صاحبتهما، خاصة الأخير منهما .

أ – فى الحكم الثانى الصادر بجلسة ١٩٩٦/٧/٦ قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ [142]، [143] من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وذلك فيما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلى للعين التى كان يزاول فيها نشاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا فى مباشرة ذات النشاط بها بعد تخلى هذا المستأجر عنها، وبسقوط فقرتها الثالثة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء .

واستخدمت المحكمة ذات المعيار المستخدم فى ثالثا مؤكدة أنه لايجوز تقييد حق الملكية بما يجاوز الحدود المنطقية التى تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية وإلا انحل الأمر إلى عدوان على الأموال، وانتهاب لثمارها أو منتجاتها أو ملحقاتها، أو كل ذلك جميعا، لتؤول الملكية عدما.

وفى توضيح لكيفية تجاوز النص المطعون فيه للحدود المنطقية وللتضامن بين مؤجر العين

ومستأجرها من الوجهة الاجتماعية أوضحت المحكمة العيوب التالية التى انتظمته :

أولا - إن النص يفترض لانتقال منفعة العين المؤجرة من مستأجرها الأصلى إلى شركائه فى النشاط ذاته أن يكون هذا المستأجر قد تركها فعلا بعد قيام هذه الشركة، متخليا عن الاستمرار فيها لصالح هؤلاء الشركاء ، وكان ينبغى بالتالى أن يكون هذا التخلى مبررا لقيام حق المؤجر فى طلب إخلائها، إلا أن المشرع رفض ذلك وقرر نقل منفعة العين المؤجرة إلى هؤلاء الشركاء إخلالا بحق الملكية .

ثانيا - إن النص لايحول دون انتقال الإجارة من الشركاء - الذين آلت إليهم ذات حقوق المستأجر الأصلى - إلى من يشركونهم معهم بعد استعمالها، الأمر الذى من المتصور معه اطراد اتصال أجيال بالعين لايفارقونها ، ومن ثم لاترد لصاحبها أبدا ولو كان فى أمس الحاجة إليها ، مما ينحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية، ليعلو عليها مصالح المستأجر دون مسوغ.

ثالثا - إن النص يفتح أبوابا عريضة للتحايل بين المستأجر الأصلى والأغيار الذين يريدون الاستفادة من الإجارة، وذلك لعمل شركة صورية تسترعقدا حقيقيا يتغيا مستأجر العين الأصلى بمقتضاه - ومقابل عوض يختص به من دون المؤجر - إحلال آخرين محله.

رابعا - إنه حتى لو فرض أن الشركة كانت حقيقية وليست صورية، فإن تخلى المستأجر الأصلى لايسوغ استمرار الإجارة لصالح الشركاء ، والعدوان على الملكية حسبما سبق ذكره [144].

ب - وفى الحكم الرابع الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢[145] قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالفة الذكر فيما نصت عليه من استمرار الإجارة التى عقدها المستأجر فى شأن العين التى استأجرها لمزاولة نشاط حرفى أو تجارى لصالح ورثته بعد وفاته، وأسقطت المحكمة فى الفقرة السابقة على المنطوق مباشرة الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) والتى تلزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق فى شغل العين، لارتباطها بالفقرة المقضى بعدم دستوريتها، إذ لايتصور تطبيقها، وقد غدا النص الذى تستند إليه لإعمالها - منعدما، وقد طبقت المحكمة ذات المعيار المستخدم فى الحكم الثانى وهو عدم جواز تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم حق الملكية، إذ اعتبرت المحكمة أن التجاوز يعتبر حينئذ أخذا للملكية من أصحابها **taking of property** وضربت صورا لذلك مثل العدوان عليها بما يفقدها قيمتها، أو اقتحامها ماديا، أو اقتلاع مزاياها أو تهميشها بما يؤدى لسيطرة آخرين فعلا عليها، أو تعطيل بعض جوانبها.

وقد أكدت المحكمة أن العدوان على الملكية يتمثل فيما يلى :

أولا - إن المشرع آثر بالنص المطعون فيه أن ينقل منفعة العين المستأجرة إلى ورثة المستأجر جملة ودون قيد ، أو اعتداد بما إذا كان الورثة يباشرون فى هذا المكان المهنة أو الحرفة ذاتها التى قام عليها مورثهم، أم كانوا يزاولون غيرها، وما إذا كانوا يعتمدون عليها كلية فى معاشهم بوصفها موردا رئيسيا أو وحيدا لرزقهم، أم يفيئون إليها عرضا باعتبارها تغل دخلا جانبيا مضافا إلى عملهم، يعملون فيها بأنفسهم استصحابا لمهنة أو حرفة مورثهم، أم ينيبون عنهم أغيارا فى مباشرتها.

ثانيا - إن النص المطعون فيه يمكن الورثة من استلاب العين المؤجرة من خلال مكثهم فيها

واستغلالها فى عين نشاطها السابق أو غيره، ثم من بعدهم إلى ورثتهم، ولايتحولون عنها إلا بعد انتهابهم من المؤجر مقابلا لتركها، فإذا لم يبذل (معناها يدفع) ، صار المكان المؤجر إرثا يختص هؤلاء بثماره دون وساطة من أحد، وهو مايعدل انتزا ع منافع الأعيان من ملاكها على وجه التأبيد.

ثالثا - إن النص المطعون فيه انحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية واصطفى ورثة المستأجر الأصلى بمعاملة تفضيلية تقدم المنفعة المجلوبة على مخاطر المفاسد ودرء عواقبها، وتلحق بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش حال أن دفع المضرة أولى اتقاء لسوءاتها وشررها.

وقد أحدث الحكم المذكور زلزالا رهيبا لأنه يواجه بالمرصاد مصالح استقرت بالباطل منذ سنين عددا.

وفى تعليق لمحكمة النقض على الحكم الآنف - فى حكمها فى الطعن رقم ٣٧٠٥[146] لسنة ٦٦ق - ذهبت إلى أن صدور حكم المحكمة الدستورية العليا السالف يقتصر أثره على أن يصبح النص محله (م ٢/٢٩ من قانون ٤٩لسنة ١٩٧٧) عدما غير صالح لأن ينتج أثرا فتبقى العلاقات والوقائع والروابط والحالات التى نشأت فى ظله محكومة بغيره من القوانين السارية فى تاريخ نشأتها.

ولما كان ذلك وكان هذا الحكم لايمس ماهو مقرر بالتشريعات الاستثنائية لإيجار الأماكن منذ بدء صدورها من عدم انتهاء عقد إيجار الأماكن بانتهاء مدته، وكانت هذه التشريعات قبل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد خلت من بيان المستفيد من عقد إيجار الأماكن المؤجرة لنشاط تجارى أو حرفى بعد وفاة المستأجر فأعادها الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ إلى ماكانت عليه، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمةأنه إذا خلا تشريع إيجار الأماكن من بيان حالة معينة تعين الرجوع إلى أحكام القانون المدنى باعتبارها القواعد العامة المنظمة لعقد الإيجار.

ومفاد نص المادتين (٦٠١)[147]، (٦٠٢) من القانون المدنى اللتين اتخذت منهما المحكمة الدستورية ركيزة لقضائها سالف الذكر - يدل على أن المشرع جعل القاعدة هى أن موت أحد المتعاقدين فى عقد الإيجار لاينهيه، بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى الورثة ، لأن الأصل فى العقود المالية والإيجار منها، أنها لاتبرم عادة لاعتبارات شخصية .

فإذا كان الإيجار لم يعقد خلافا للأصل إلا بسبب حرفه المستأجر أو إذا كان الإيجار لم يبرم إلا لاعتبارات شخصية روعيت فيه ، فإن الإيجار لاينتهى هنا أيضا بقوة القانون.

وإذا كان نص المادة ٦٠٢ من القانون المدنى يفيد بحسب الظاهر أن طلب الإنهاء مقرر لكل من المؤجر وورثة المستأجر، إلا أنه ا ستهداء بالحكمة التى أملته فإن طلب الإنهاء مخول لورثة المستأجر دون المؤجر متى كان عقد إيجار المكان لم يبرم إلا بسبب حرفة المستأجر.

وهكذا يظهر من الحكم السالف أن محكمة النقض تعترض على ماورد بأسباب حكم المحكمة الدستورية العليا من أن موت المستأجر يعتبر وفقا لنص المادة (٦٠٢) من القانون المدنى، عذرا طارئا يسوغ إنهاء الإيجار ، وليس لوارث أن يعقبه فيها، ولو كانت له حرفة المورث، بل يتعين إذا أراد الاستمرار فى مزاولتها فى المكان المؤجر، أن يكون ذلك بعقد إيجار جديد بينه وبين المؤجر.

ونرى أن موقف محكمة النقض غير مبرر بحسبان أن حكم المحكمة الدستورية العليا بما انطوى عليه من أسباب مرتبطة بالمنطوق ملزم لكافة الجهات تطبيقا لنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى وبفرض أن الفقرة المتعلقة بشرح المادة ٦٠٢ من القانون المدنى غير مرتبطة ارتباطا جوهريا بالمنطوق فقد كان على محكمة النقض أن تفسر النص وفقا لما ارتأته المحكمة الدستورية العليا أو على الأقل تحيله هو ونص المادة ٦٠١ من القانون المدنى للبحث فى دستوريته عن طريق المحكمة الدستورية العليا.

وفى جميع الأحوال فقد كان أضعف الإيمان أن تنتظر محكمة النقض قليلا حتى يصدر المشرع القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بشأن تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ حتى يوضح المشرع موقفه من الأمر.

وقد اعترض الفقه على حكم المحكمة الدستورية سالف الذكر أيضا ووصل الأمر بالفقيه د / سمير تناغو [148] إلى التأكيد على أنه « لاشك أن هناك خطأ ما فى النظام القانونى المصرى، فأين نحن من القانون الفرنسى الذى تنص المادة ١٢٧ من قانون العقوبات فيه على معاقبة القضاة إن تدخلوا فى أعمال السلطة التشريعية سواء كان ذلك بتعطيل القوانين أو وقفها أو المداولة فى شأن نفاذها من عدمه.

أما فى مصر فإن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم بالجريدة الرسمية ، وبهذا النص تصبح جميع التشريعات التى يصدرها مجلس الشعب قرارات إدارية تخضع لرقابة الإلغاء من المحكمة الدستورية العليا. ورأى المستشار محمد عزمى البكرى[149] أن القواعد العامة فى التقنين المدنى المنصوص عليها بالمادتين (٦٠١، ٦٠٢) تعطل آثار هذا الحكم ، لأن مقتضى هاتين المادتين أن الإيجار لاينتهى بموت المستأجر، وإنما ينتقل بوفاته إلى ورثته ولايستثنى من ذلك سوى ما أجازته المادة (٦٠٢) للمؤجر من طلب إنهاء الإيجار. إذا كان الإيجار لم يعقد إلا لاعتبارات تتعلق بشخص المستأجر ، وأن هذا الحكم يسرى ولو توفى المستأجر خلال فترة الامتداد القانونى لعقد الايجار ولانتفق مع الرأى الآنف فيما رآه من أن الإيجار لاينتهى بوفاة المستأجر، حيث إن المادة (٦٠١) من القانون المدنى وضعت سنة ١٩٤٨ فى فترة كانت المبادئ الرأسمالية هى الغالبة ولم يكن ثمة تفكير فى تطبيق المبادئ الاشتراكية ومنها مايتعلق بتأبيد العقود.

ولما كانت المادة (٥٥٨) مدنى تنص على أن « الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين ولمدة محددة لقاء أجر معلوم». فمن ثم يبين أن المدة هى أحد أركان عقد الإيجار الأساسية، وقد استقر الفقه والقضاء على أن الغرض من عقد الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر مدة معينة يلتزم بعدها برده إلى مالكه. فالإيجار بطبيعته عقد مؤقت لايخول المستأجر منفعة الشيء إلا لفترة محددة، ومن ثم فإن تأبيد الانتفاع بالشيء يتنافى مع عقد الإيجار.

وإذا لم يتراضَ المتعاقدان على المدة لم ينعقد العقد.

وتفسير مانصت عليه المادة (٦٠١) من القانون المدنى بأن الإيجار لاينتهى بموت المؤجر ولابموت المستأجر هو تلك الحالة التى يتفق المتعاقدان فيها على مدة معينة ويموت أحدهما قبل انقضائها.

وهكذا إذا كانت مدة العقد عشر سنوات مثلا ومات المستأجر بعد خمس منها فإنه يحق لورثة المستأجر الاستمرار فى العقد لتكملة الخمس سنوات الأخرى مع مراعاة حكم الفقرة (٢) من المادة

(٦٠١) سالفة الذكر . وإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة اعتبر الإيجار منعقدا للمدة المعينة لدفع الأجرة وذلك تطبيقا للمادة (٥٦٣ من القانون المدنى) [150].

وهكذا يبين مما سلف أن المحكمة الدستورية العليا لم يساورها شك فى أن قواعد القانون المدنى تلفظ التأبيد ولو آمنت بغير ذلك لتصدت بنفسها لما يؤيد التأبيد من نصوص تنطبق على النزاع وأبطلتها.

ويؤكد كل ذلك ويحسمه أن القانون الجديد رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذى أعاد تطبيق أحكام القانون المدنى على العلاقات الإيجارية محله، قصد من ذلك إلغاء تأبيد الإجارة والعودة إلى توقيتها.

ونظرا لكثرة الاعتراض على الحكم على صفحات الجرائد قبل صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، نبه الدكتور/ يحيى[151] الجمل إلى خطورة هذا الأمر بحسبان أن هذه التعليقات على هذا الحكم وغيره تمت على نحو لايرعى وقار ذلك الصرح الكبير الذى استطاع أن يرسى أسسا للشرعية الدستورية نفاخر به المحاكم الدستورية فى العالم كله.

وقد رأى سيادته أن التعليقات اللاذعة سالفة الذكر كانت على مذهب « إنما يحمد السوق من ربح » وهو مذهب إذا جاز فى « البورصة » وفى المعاملات التجارية فإنه غير مقبول ولامبرر بالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا، ودعى سيادته – حقا – إلى أن يكون النقد فى المجلات العلمية المتخصصة فقط.

وبسرعة أصدر المشرع القانون المنتظر حسما للأمور ومنعا من البلبلة.

وكان إصدار هذا القانون تنفيذا للتوجيه الوارد بذات الحكم وذلك بحسبان أن الحكم لم يمنع امتداد الإجارة للورثة بصفة مطلقة، وإنما أجاز مدها فى حدود وضوابط معينة، تتمثل فى أن يترسم ذلك النص الضوابط التى تتوازن من خلالها العلائق الإيجارية بما يكون كافلا لمصالح أطرافها غير مؤد إلى تنافرها ، ليقيمها على قاعدة التضامن الاجتماعى التى أرستها المادة (٧) من الدستور.

وقد اشتمل القانون الجديد رقم ٦ لسنة ١٩٩٧[152] بشأن تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على خمس مواد.

وقد حذف القانون حكم انتقال الإيجار إلى الشريك فى حالة ترك المستأجر العين، وقضى على تعاقب الورثة على استعمال العين المؤجرة دون نهاية مما كان يجعل عقد الإيجار مؤبدا ، ووضع ضوابط لاستمرار عقد الإيجار لورثة المستأجر. ونرى أن المشرع قد خانه التوفيق بالنسبة للمادة الثانية من القانون والتى أقامت استثناء من أحكام المادة الأولى مدت به عقد الإيجار لورثة المستأجر الأصلى بالشروط الآتية :

١ – أن يشغل العين المؤجرة وارث للمستأجر الأصلى تجاوز قرابته له الدرجة الثانية كالعم أو الخال أو ابن العم أو ابن الخال.

٢ – أن يكون شغل العين فى تاريخ نشر القانون رقم ٦لسنة ١٩٩٧ بالجريدة الرسمية أى بتاريخ ١٩٩٧/٣/٢٦.

٣ - أن يكون شغل الوارث للعين مستندا إلى حقه فى البقاء بها طبقا للفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قبل تعديلها.

٤ - أن يكون الوارث قد استعمل العين فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى .

ويرى د/ جلال إبراهيم[153] - حقا - أن هذه المادة معيبة إذ أى حق سابق تقصده هذه المادة ؟ هل تقصد الحق الذى كان الشخص يستمده من نص المادة ٢/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ؟ اذا كان الأمر كذلك - وهو الأرجح - فإن هذه المادة لامجال لتطبيقها لأن هذا الحق الذى يتصور وجوده قد زال كأثر لحكم المحكمة الدستورية العليا ، ومن ثم فإن ورثة المستأجر الذين تجاوز قرابتهم له الدرجة الثانية لم يكن لهم فى الماضى ولا وقت نشر القانون أى حق فى البقاء فى العين ، أى يتخلف بشأنهم الشرط الجوهرى الذى يتطلبه القانون لإمكان استفادتهم من حكمه.

ويضاف إلى ذلك أن هؤلاء الأشخاص لما كان ليس لهم أى حق فى البقاء فى العين وقت نشر القانون (بتاريخ ١٩٩٧/٣/٢٦) استنادا إلى أحكام المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧، فإنهم أيضا - وبالبداهة - ليس لهم هذا الحق فى هذا الوقت ، استنادا لأحكام القانون الحالى رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ لأن الحق الممنوح لهم بمقتضاه لن يتولد لهم إلا بفعل أثره المباشر أو الفورى، أى من اليوم التالى لتاريخ نشره، وذلك لأن المشرع لم يجعل لهذه المادة أثرا رجعيا يرتد إلى تاريخ نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - مثلما فعل بالنسبة للفقرة الأولى من المادة الأولى -.

وخلاصة الأمر أنه لابد من تدخل تشريعى يحقق الأثر الرجعى على نحو ماسلف إذا كان المشرع يستهدف حقا مراعاة البعد الاجتماعى والحفاظ على استقرار الأوضاع الاقتصادية خاصة وأن عدد الوحدات القائمة التى شملها تطبيق القانون ٧٧٦ [154] ألف وحدة ايجارية وكل منها يمثل نشاط أسرة بأكملها أى مايقرب من ٣ مليون مواطن، ومن المتصور أن نص المادة الثانية المعيب سيستفيد منه مئات الآلاف من المواطنين ، إذا نص على الأثر الرجعى .

المطلب الرابع

تحليل أحكام المحكمة المرتبطة باقتصاد الدولة

سوف نكتفى فى هذا الشأن بحكمين حديثين قضت فيهما المحكمة برفض الدعوى ولو أخذت المحكمة اتجاها مغايرا لحدثت كارثة اقتصادية بكل المفاهيم.

١ - فى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/١[155] قضت المحكمة برفض الدعوى التى رفعها أحد العاملين بشركة قطاع عام كان قد أضير فى دخله نتيجة الخصخصة، فطعن على قانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بصفة أصلية ببطلانه من الناحية الشكلية لعدم عرض مشروع هذا القانون على مجلس الشورى بالمخالفة لنص المادة ١٩٤ والفقرة الثانية من المادة ١٩٥ من الدستور ، وبصفة احتياطية بعدم دستوريته فى جملة الأحكام التى تضمنها باعتبار أن الأغراض التى استهدفها منافية لنص المادة (٣٠) من الدستور التى تمنح القطاع العام دورا تقدميا يتحمل به المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية ، ويقود خطاها فى مختلف مجالاتها، بيد أن القانون المطعون فيه أجاز بنص المادة (٢٠) تداول أسهم وحدات هذا القطاع ، وهو مايعنى فصل ملكيتها إلى القطاع

الخاص، وزوال السيطرة الشعبية عليها ووجود نوع من الاقتصاد المختلط فتنماع به الحدود الفاصلة بين صور الملكية التى حددها الدستور ، وفى الصدارة منها الملكية العامة التى كفل حرمتها وجعل حمايتها ودعمها واجبا وطنيا على ماتنص عليه مادته الثالثة و الثلاثون.

وقد رفضت المحكمة المناعى الشكلية بحسبانها سبق أن بحثتها قبل أن تصدر حكمها بعدم الدستورية فى القضيتين [156] رقمى ١٧ لسنة ١٤ ق ، ٣٠ لسنة ١٦ق دستورية.

وعن المناعى الموضوعية – وهى مايهمنا حقيقة فى هذا الموضوع – ذهبت المحكمة الى رفضها تأسيسا على مايلى :

أولا – إن النصوص الدستورية لايجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها ، فلايكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثا فى البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا.

ثانيا – إن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها ، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلايكون الدستور كافلا لها، بل حائلا دون ضمانها.

ثالثا – إن الاستثمار بمختلف صوره – العام منه والخاص – ليس إلا أموالا تتدفق وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل فيما بينها ويعتبر تجميعها لازما لضمان قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق، وماتنص عليه المادة (٢٩) من الدستور من أشكال للملكية تتقدمها الملكية العامة، وتقوم إلى جانبها الملكية التعاونية والملكية الخاصة، ليس إلا توزيعا للأدوار فيما بينها لايحول دون تساندها وخضوعها جميعا لرقابة الشعب .

رابعا – إن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان ، فلايتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهاما يكون مؤهلا لهاوأقدر عليها ، وإن جاز القول بأن الاستثمار العام يثير قدرة المواطنين ويقظتهم وتميزهم ، وعلى الأخص من خلال نقل التكنولوجيا وتطويعها وتعميمها.

وهكذا لم تجد المحكمة إلزاما دستوريا باتخاذ الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا إلزام بإبقائها كلما كان تعثرها باديا، أو كانت الأموال الموظفة فيها لاتغل عائدا مجزيا، أو كان بيعها للقطاع الخاص يمثل إعادة تشغيل لها على نحو أفضل.

وهكذا يبدو جليا أن بيع أسهم شركات قطاع الأعمال العام للقطاع الخاص لايمثل ردة عن الدور الرائد للاستثمار العام، الذى لازالت الحاجة إليه فى المشروعات العملاقة كتوشكا مثلا.

٢ – وفى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٧/٣/٢٢[157] قضت المحكمة برفض الدعوى التى تنعى على سلطة البنك المركزى فى حجب توزيع الأرباح حال وجود نقص فى المخصصات واجبة التكوين.

وتخلص الوقائع فى أن الجمعية التعاونية الإنتاجية لنقل البضائع بمحافظة الغربية – المدعية – كانت قد اكتتبت بعدد من الأسهم فى رأس مال بنك الغربية الوطنى للتنمية ، وقد قررت الجمعية العمومية غير العادية للبنك المذكور والبنك الوطنى للتنمية دمج البنك الأول فى الثانى .

وحدث أن البنك الأخير لم يقم بتوزيع أرباح على مساهمى البنك الأول استنادا إلى قرار صادر من البنك المركزى فى هذا الشأن ، وطعنت الجمعية المدعية فى دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦

من قانون البنوك والائتمان الصادر بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ - والمعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢، والتى تسمح للبنك المركزى المصرى أن يصدر خلال شهر من تاريخ استلامه صورة من تقرير مراقب الحسابات قرارا بعدم توزيع أرباح على المساهمين إذاما تبين وجود نقص فى المخصصات، ولماوصلت القضية للمحكمة الدستورية أصدرت حكمها المذكور تأسيسا على مايلى : -

أولا - إن غاية النص المطعون فيه حمل البنوك جميعا على أن تكون مراكزها المالية مطابقة لحقيقتها توقيا لتلك المخاطر التى قدر شرورها وإضرارها بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية والسلطة المخولة للبنك المركزى هى لضمان سلامة سوق النقد والمال .

ثانيا - إن القرار الذى يصدره مجلس إدارة البنك المركزى استنادا إلى النص المطعون فيه يجب أن يكون له أسسه الموضوعية فإن تخلفت جاز الطعن عليه أمام القضاء.

ثالثا - إن النص المطعون فيه ليس مبهما أو متخفيا على حد قول الجمعية المدعية، بل هو أحد الوسائل التى يملكها البنك المركزى فى توجيه الائتمان ومراقبة الهيئات المصرفية بما يكفل سلامة مركزها المالى، واتخاذ التدابير المناسبة لمكافحة الاضطرابات الاقتصادية أو المالية ماكان منها عاما أو محليا.

رابعا - إن النص المطعون فيه لايخالف نص المادة (٤) من الدستور والتى تقرر أن الأساس الاقتصادى لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكى ، إذ ذلك النظام ظل مرتبطا بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية التى يدعمها النظام المصرفى تحت رقابة البنك المركزى الضامن لفاعليته.

خامسا - إن السلطة التى باشرها البنك المركزى وفقا للنص المطعون فيه لاتعنى استئثاره بالأرباح التى قرر عدم الاعتداد بتحقيقها.

سادسا - إن النص المطعون فيه لايخل بمبدأ المساواة بين المودعين والمساهمين إذ يستمد المودعون حقوقهم من العقد بينما يستمد المساهمون حقوقهم من القانون، ومن ثم فمركز المودع لايتكافأ قانونا مع مركز المساهم.

المطلب الخامس

رأينا فى الموضوع

لاجدال فى أن المحكمة الدستورية قد سمت فى المجال الاقتصادى إلى الحدود القصوى منشطة إياه ورادة الحقوق إلى أصحابها. دون إخلال بحق الدولة فى التدخل كلما كان ذلك متطلبا وضروريا.

وبالنسبة للضرائب فقد أوضحت المحكمة حدود فرضها محافظة فى ذلك على الضوابط الدستورية الخاصة بها.

وكما رأينا حمت المحكمة حق الملكية ورفضت بكل قوة أن يكون التعويض عن الأملاك المسلوبة رمزيا أو مسقوفا بحدود.

وفى مجال الإسكان والعلاقات الإيجارية استطاعت المحكمة عن طريق مجموعة من الأحكام المتوالية أن تبطل معظم النصوص التى تسعى بالباطل الى إفقار المالك وإثراء المستأجر.

وعلى أثر جهود المحكمة المتميزة فى هذا المجال، أصدر المشرع - بعد سبات عميق - القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القوانين الإيجارية.

ورغم تحفظنا على ماورد بهذا القانون - على النحو السالف - إلا أن القدر المتيقن هو أن الأمور تحركت فى صوبها الصحيح ، خاصة فيما يتعلق بزيادة الأجرة. وقد هدف هذا القانون - وحسبما توضح مذكرته الإيضاحية - إلى تحقيق المساواة بين الأنشطة المتنوعة حرفية كانت أو تجارية أو صناعية أو مهنية، وكذا إلى استقرارها - لمالها من أبلغ الأثر على الأوضاع الاقتصادية فى البلاد - ومراعاة البعد الاجتماعى ووصولا إلى قدر مقبول من التوازن فى العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ولاشك أن للمحكمة كل الفضل فيما حدث، ولولا تدخلها لما تغيرت الأوضاع ولما زادت أجرة تلك الأماكن بالصورة التى زادت بها، إذ حرص المشرع على تقرير زيادة سنوية مقدارها ١٠٪ بصفة دورية لمجابهة التضخم .

ويبقى أن يتدخل المشرع دون انتظار أحكام المحكمة ليعدل مما شذَّ فى العلاقات الإيجارية الأخرى ليعيدها إلى نصابها الصحيح ، بحسبان أنه لاتقدم بدون اعتدال الموازين.

ولقد كان فهم المحكمة لدور الدولة فى المجال الاقتصادى متميزا ، فهى فى حكم الخصخصة تؤيدها، ولو لفظتها المحكمة لحدثت كارثة اقتصادية، إذ ستصبح البيوع التى تمت لشركات قطاع الأعمال العام باطلة، مما كان سيسبب مشاكل كبيرة ، إضافة إلى أن وقف قطار الخصخصة اللازم لدفع عجلة التنمية فيه ردة إلى الوراء وضربا لسوق المال فى مقتل وكذا الاستثمار الأجنبى.

ولنا أن نتساءل كيف كان سيثق المستثمر الأجنبى فى ظروف الاستثمار فى مصر لو صدر حكم معاكس ؟ ، وكيف كنا سنصل لنسبة النمو المطلوبة فى الاقتصاد القومى ؟.

ولاشك أن المحكمة فى هذا الحكم استفادت كثيرا مما حدث لمحكمة روزفلت عندما حاولت أن تفرض نظرية اقتصادية معينة.

واعترافا بضرورة الحفاظ على دور الدولة - ممثلة فى بنكها المركزى- حافظت المحكمة على سلطة البنك المركزى، إذ إن العودة إلى اقتصاد السوق فى ظل ظروف العرض والطلب والحفاظ على سوق المال والاستثمار الأجنبى لايعنى أن تكون الحرية إلى منتهاها ، وإنما لابد أن تراقب الدولة وتشرف فى حدود معينة منعا من حدوث كوارث اقتصادية كما حدث فى سوق المناخ بالكويت وماحدث فى المكسيك.

وإذا كان مقبولا انهيار شركة ما، فإن انهيار بنك يعد أمرا غير مقبول بالمرة ، فإذا لم يأمن الناس على ودائعهم بالبنوك فذلك هو الطامة الكبرى، لذا كان لابد أن يكون البنك المركزى هو عين الدولة الساهرة على مراقبة وسلامة النظام المصرفى.

ومن ثم كان دقيقا تماما تلك الرؤية التى رأت بها المحكمة البنك المركزى والتى عبرت عنها بحكمها من أنه يعتبر بنكا لبنوكها جميعا، يمد لها يد العون مواجها اضطراباتها الاقتصادية، موفرا لها مايلزمها من الأرصدة النقدية الحاضرة مع وضعها تحت تصرفها، مباشرا سلطانا فعليا على أرصدتها وقدرتها على خلق الائتمان، وعلى عمليات المقاصة فيما بينها، مخففا عنها حدة ضائقتها ابتغاء الحفاظ على سيولة النظام الائتمانى ومرونته.

وهكذا نجد من المحكمة توفيقا فذًا فى أدائها الاقتصادى فهى تبطل الطالح من النصوص الاقتصادية وتبقى الصالح منها، ساعية بكل ماتملكه من طاقة نحو غد أفضل لمستقبل وطننا الاقتصادى.

المبحث الثالث

مجال الحقوق الجنائية

تمهيد :

إن الحقوق الجنائية لايتم الحفاظ عليها إلا بمجموعة من الضوابط اللازمة لتحقيق المحاكمة المنصفة العادلة ، وتلك الضوابط عبارة عن نظام متكامل يتوخى بأسسه صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها ، انطلاقا من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة وبوطأة القيود التى تنال من الحرية الشخصية، ولضمان تقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها فى مجال فرض العقوبة بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التى ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفا مقصودا لذاته، وعلى ذلك يجب الالتزام بمجموعة من القيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لايجوز النزول عنها أو الانتقاص منها [158].

وقد كفل الدستور فى مادته السابعة والستين الحق فى المحاكمة المنصفة بما تنص عليه تلك المادة من أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وهو حق نص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى مادته العاشرة والحادية عشرة التى تقرر أولاهما أن لكل شخص حقا مكتملا ومتكافئا مع غيره فى محاكمة علنية، ومنصفة ، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة . وتردد ثانيتهما فى فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت اليه تهمة جنائية ، فى أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه.

وهذه الفقرة هى التى تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها، وهى تردد قاعدة استقر العمل على تطبيقها فى الدول الديمقراطية، وتقع فى إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها فى الدول المتحضرة. وهى بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية، كما أنها تعتبر فى نطاق الاتهام الجنائى وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى قضى الدستور فى المادة (٤١) بأنها من الحقوق الطبيعية التى لايجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه.

ولايجوز بالتالي تفسير هذه القاعدة تفسيرا ضيقا، إذ هى ضمان مبدئى لرد العدوان عن حقوق المواطن وحرياته الأساسية ، وهى تكفل تمتعه بها فى إطار من الفرص المتكافئة ، ولأن نطاقها لايقتصر على الاتهام الجنائى، وإنما يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوما فى الدعوى الجنائية وذلك أيا كانت طبيعة الجريمة وبغض النظر عن درجة خطورتها [159].

وتتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة فى عدة مبادئ سوف ندرس كل مبدأ منها فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

افتراض البــراءة

افتراض البراءة وحسبما أكدته المحكمة لايتمخض عن قرينة قانونية، ولاهو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي - ممثلا في الواقعة مصدر الحق المدعى به - إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هي التى يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التى افترضها الدستور فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلا عنها.

وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التى جبل الإنسان عليها فلقد ولد حرا مبرأ من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامنا فيه ، مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال، الى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لارجعة فيه هذا الافتراض ، على ضوء الأدلة التى تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إليه فى كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها ، بما فى ذلك القصد الجنائى بنوعيه إذا كان متطلبا فيها، وبغير ذلك لاينهدم أصل البراءة ، إذ هو من الركائز التى يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور.

ثم عادت المحكمة لتؤكد أهمية افتراض البراءة فقررت أنه يعكس قاعدة مبدئية تعتبر فى ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية ، ويعتبر إنفاذها مفترضا أوليا لإدارة العدالة الجنائية ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية فى مجالاتها الحيوية، وليوفر من خلالها لكل فرد الأمن فى مواجهة التحكم والتسلط والتحامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل ، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية ينشئها [160].

وفى تطبيق للمبدأ السالف ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/٢/٢[161] إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٢١) من قانون الجمارك والتى افترضت العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت فى حيازته البضائع بقصد الاتجار المستندات الدالة على أنها قد سددت عنها الضرائب الجمركية.

وقد أكدت المحكمة أن الواقعة البديلة التى اختارها المشرع وهى عدم تقديم المستندات لاترشح فى الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بالتهريب ثابتة بحكم القانون إذ لاتربطها بها علاقة منطقية ، الأمر الذى مؤداه غدو قرينة العلم بالتهريب غير مرتكزة على أسس موضوعية ومقحمة لإهدار افتراض البراءة ومجاوزة لضوابط المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور فى صلبه.

وقد طبقت المحكمة ذات المبدأ بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/٥/٢٠[162] والذى قضت فيه بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش، والتى كانت تعاقب على الغش والشروع فيه بالنسبة للأغذية والعقاقير والحاصلات وتفترض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين، وذهبت المحكمة إلى أن هذا النص يجعل النيابة غير مكلفة بإقامة الدليل على العلم، وغدا نفيه عبئا ملقيا على عاتق المتهم مثلما هو الشأن فى القرائن القانونية، ولاترشح الواقعة البديلة التى اختارها

النص المطعون فيه - فى الأعم الأغلب من الأحوال- لاعتبار واقعة العلم بغش السلعة أو فسادها ثابتة بحكم القانون، ولاتربطها علاقة منطقية بها، وتغدو هذه القرينة بالتالى مقحمة لإهدار افتراض البراءة، ومفتقرة إلى أسسها الموضوعية، ومجاوزة لضوابط المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور.

وجريا وراء ذات السياق قضت المحكمة بجلسة ١٩٩٦/١١/١٦ بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والتى نصت على أنه يعتبر مخالفا - مما يستوجب توقيع العقوبة الجنائية - كل من يملك أو يحوز أو يشترى أو يبيع أتربة متخلفة عن تجريف الأرض الزراعية أو ينزل عنها بأية صفة أو يتدخل بصفته وسيطا فى شيء من ذلك، ويستعملها فى أى غرض إلا إذا أثبت أن التجريف كان صادرا طبقا لأحكام المادة ١٥٠ من القانون أى بقصد تحسينها زراعيا أو المحافظة على خصوبتها.

وقد ذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه أخل بالوسائل الإجرائية التى تعتبر وثيقة الصلة بالحق فى الدفاع والتى تقترن دائما بافتراض براءة المتهم من التهمة الجنائية .

ويتمثل الإخلال - من وجهة نظر المحكمة - فى أن النص المقضى بعدم دستوريته افترض توافر القصد الجنائى فى شأن الحائز لأتربة أرض زراعية متخلفة عن تجريفها حال أن هذا القصد يعتبر أحد أركان هذه الجريمة، التى تلتزم النيابة العامة بإثباتها فى كل مكوناتها، وكان هذا الافتراض يناقض أصل البراءة ويجرده من محتواه عملا، وينقل إلى المتهم عبء نفيه على خلاف الأصل.

وذهبت المحكمة فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/١/٢ (163) إلى أن دحض أصل البراءة يغدو ممتنعا بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الإقناعية - فى مجال ثبوت التهمة - مبلغ الجزم واليقين بما لايدع مجالا معقولا لشبهة انتفائها وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم استنفد طرق الطعن فيه وصار باتا.

ومن حيث إن المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم نص فى المادة (٥) منه على أن للاشتباه صورتين يمثل الاشتهار إحداها وتفصح عن إحداهما سوابق متعددة مردها إلى أحكام إدانة سابقة، فلقد رأت المحكمة أن الاشتهار والذى يقوم بالأقوال والسوابق والتقارير - يقصر عن أن يكون من الأفعال التى يجوز تجريمها، إذ يتناقض ذلك مع افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة اليه إلى أن تخلص المحكمة إلى إدانته بصفة باتة بعد اقتناعها بالأدلة الكافية التى نسبتها النيابة العامة إليه باعتبارها ركنا ماديا فى الجريمة. ولا كذلك الاشتهار، إذ لايؤول إلى فعل محدد يكون مادة الجريمة أو موضوعها. وإنما يقوم على مجرد حالة لاتنشئها أو تتصل بها أفعال مادية قام الدليل عليها يعبر بها الجانى عن إرادته الواعية الجازمة، متوسلا بها إلى بلوغ النتيجة الإجرامية التى يبتغيها.

وبالنسبة للصورة الأخرى للاشتباه والتى تقوم فى جوهرها على أحكام إدانة سابقة فقد رأت المحكمة أن الاشتباه يظل حين إذ جريمة بلا سلوك، واعتبرت أن ذلك يعد عقابا للشخص على الفعل الواحد أكثر من مرة مما يخالف الوسائل القانونية السليمة .

ونرى أن هذا المبدأ الأخير هو فرع من افتراض البراءة إذ إن معاقبة الشخص عن الفعل الواحد مرة واحدة يرد إليه أصل البراءة المفترض فيه، مما يؤدى لوقوف هذا المبدأ بالمرصاد لكل محاولة تالية للعقاب على ذات الفعل.

وطبقت المحكمة ذات المبدأ السابق فى حكمها بجلسة ١٩٩٦/٦/١٥ [164] والذى قضت فيه بعدم دستورية نص المادة ٤٨مكرر من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات، والتى نص فيها المشرع على تدابير معينة تحكم بها المحكمة الجزئية على كل من سبق الحكم عليه أكثر من مرة أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة فى إحدى الجنايات المنصوص عليهافى ذلك القانون، بحسبان أن الجريمة المحتملة التى لم يرتكبها المتهم بعد، هى التى أراد المشرع توقيها من خلال تلك التدابير.

وذهبت المحكمة إلى أنه لادليل على قيام علاقة حتمية بين انغماس الشخص فى جرائم سابقة، وبين ترديه فى حمأتها والعودة إليها من جديد، وكان مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص لا عن جريمة أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى جسامتها - بل بناء على محض افتراء بالإيغال فى الإجرام لايرتد المذنبون عنه أبدا، بل هم اليه منصرفون يبغونها عوجا.

وذهبت المحكمة إلى أنه لاينبغى أن يقرر المشرع - بالنص المطعون فيه - عقابا أكثر من مرة عن فعل واحد بعد أن اكتمل القصاص فى شأن الجرائم السابقة جميعها ، ودون جريمة جديدة يدعى وقوعها.

وجريا وراء ذات منطق الحكم المشار إليه الذى يتطلب نوعا من الجزم واليقين توصف به الأدلة التى تنقض أصل البراءة ذهبت المحكم بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٦/١٠/٥ [165] إلى عدم دستورية نص المادة ٢٠٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية والتى تجيز للنائب العام إذا قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التى تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما من الأشخاص العامة، أن يأمر ضمانا لتنفيذ ماعسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف فى أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية.

وقد أكدت المحكمة أن مناط فرض القيود التى تضمنها النص السالف لايرتبط حتى بصدور اتهام محدد فى شأن شخص بعينه ، بل مبناها قيام دلائل كافية من التحقيق على رجحان اتهامه بإحدى الجرائم التى حددها ، وكانت هذه الدلائل لاتلتبس بقوة الأمر المقضى ، ولا تأخذ مجراه فى شأن هؤلاء المتهمين، ولاتعتبر بالتالى حكما لارجوع فيه يدينهم عنها، ومن ثم فإن التمييز بينهم وبين غيرهم - وعلى غير سند من الدستور - وأصل البراءة يجمعهم - يكون منافيا حكم العقل **unreasonable** ظاهر التحكم **palpably arbitary** ومخالفا بالتالى لحكم المادة ٤٠.

وهكذا نستطيع أن نقول إن المحكمة خرَّجت الأمر فى هذا الحكم تخريجا جديدا حيث وصلت إلى القضاء بعدم الدستورية تأسيسا على أنه طالما أن الدلائل التى يستقل النائب العام بتقديرها ليس لها قوة اليقين القضائى، فإنه لامحل للتمييز بين الأشخاص محل المادة ٢٠٨ (أ) من قانون الإجراءات وغيرهم رغم شمول افتراض البراءة للجميع، ومن ثم فإن مبدأ المساواة هو ركيزة الحكم ، وتم التوصل الى انتهاكه عن طريق أصل البراءة.

وفى نقد للحكم السابق رأى المستشار/ محمد حامد الجمل[166] أن أوامر المنع تختلف فى طبيعتها وغايتها عن الحراسة لأن الأخيرة تعنى شل إرادة الخاضع عن الإرادة والتصرف معا ويقوم الحارس بالنيابة الجبرية عنه فى تلك الوظائف ، ويكون ذلك لحساب الخاضع أو لدائنيه أو لحساب

الدولة حسبما يحدده حكم الحراسة بحسب الأحوال، وقد تكون للحراسة مدة أولا، ولاترفع إلا بحكم آخر يرفعها أما أوامر المنع فهى محدودة بحدود التحقيق، فإذا ما رفع الأمر للمحكمة أصبح مرده إليها وللمتهم الحق فى التظلم قبل الإحالة.

ويرى سيادته أن المادة (٤١) من الدستور تجيز المساس بالحرية الشخصية بأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة، ويسير على نفس المنوال المادتان (٤٤) و (٤٥) من الدستور فى شأن حرمة المساكن وعدم جواز انتهاك حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، ومن ثم فإن منطق الحكم يفضى الى عدم دستورية سلطة النائب العام فى حبس المتهم احتياطيا دون عرضه على القاضى المختص لأن ذلك تقييد للحرية التى صانها الدستور دون حكم قضائى .

والخلاصة – فى رأى سيادته – أن كل إجراء يلزم لحماية حق السلطة القضائية فى إجراء التحقيق وصولا إلى الحقيقة كفل المشرع الدستورى أن يتم إما بحكم القاضى أو بأمر من النيابة العامة تحت رقابة القضاء ، فلا يجوز وقد جعل إقامة الدعوى الجنائية أمانة فى عنق النيابة العامة أن تغل يدها عن مال المتهم الذى قد يكون متحصلا من جرائم يكشف عنها التحقيق.

ويمكن الرد على ماسلف بما أكده الحكم ذاته من أن القيود التى فرضها النص فى مضمونها وأثرها صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع على الأموال بعيدا عن صدور حكم قضائى بها، بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التى تقضى بأن الملكية الخاصة مصونة ، ولايجوز فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائى.

وهكذا يمكن القول وحسبما أوضح المستشار / عبد الرحمن نصير – نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا[167]، أن فلسفة الحكم قائمة على عدم منح النائب العام سلطة منفردة دون رقابة قضائية ، حيث يحدث عملا أن تظل بعض القضايا رهن التحقيق مدة طويلة تصل لعشر سنوات يحصل بعدها المتهم على البراءة، ويظل المتهم وأولاده وأسرته طيلة هذه الفترة ممنوعين من التصرف.

ونرى أن قياس أمر التحفظ على الحبس الاحتياطى فى غير محله لأن الحبس الاحتياطى يكون تحت رقابة السلطة القضائية حيث يعرض المتهم المحبوس بعد فترة محددة فى القانون على السلطة القضائية للنظر فى تجديد حبسه، وهو الأمر الذى لو راعته السلطة التشريعية بالنسبة للنص محل الموضوع لما قضى بعدم دستوريته. ونأمل أن يصدر القانون الجديد ناصا على منح النائب العام سلطة المنع مع ضرورة العرض على محكمة ، ولتكن محكمة الجنح المستأنفة مثلا منعقدة فى غرفة المشورة – خلال فترة وجيزة (١٥ يوما مثلا).

المطلب الثانى

وجود نص قانونى مفهوم يتضمن تحديدا واضحا للسلوك غير المشروع

" ascertainable standard of guilt "

إن غموض النصوص التشريعية عامة يعيبها، إلا أن غموض النصوص الجنائية خاصة يجعلها غير دستورية، ولعل أوضح حكم يعبر عن هذا المعنى هو ذلك الصادر بجلسة ١٩٩٤/٢/١٢[168]، حيث ذهبت المحكمة إلى أن غموض النص العقابى يعنى أن يكون مضمونه خافيا على أوساط الناس

باختلافهم حول فحواه، ومجال تطبيقه ، وحقيقة مايرمى إليه، فلا يكون معرفا بطريقة قاطعة بالأفعال المنهى عن ارتكابها، بل مجهلا بها ومؤديا إلى انبهامها، ومن ثم يكون إنفاذه مرتبطا بمعايير شخصية قد تخالطها الأهواء ، وهى بعد معايير مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه ، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه التى غالبا مايجاوزونها التواء بها أو تحريفا لها لينال من الأبرياء.

وبوجه خاص فإن غموض النص العقابى يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة، تحدد لكل جريمة أركانها، وتقررعقوبتها بمالا لبس فيه. وهى قواعد لاترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لايجوز اقتحام حدوده.

كذلك فإن غموض النص العقابى ، يحمل فى ثناياه مخاطر اجتماعية، لاينبغى التهوين منها. ويقع ذلك لأن تطبيقه يكون انتقائيا منطويا على التحكم فى أغلب الأحوال وأعمها، ولأن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم، والتوت بهم مقاصد المشرع، يقعدون عادة – حذر العقوبة وتوقيا لها – عن مباشرة الأفعال التى داخلهم شبهة تأثيمها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها. بل إن الاتجاه المعاصر والمقارن فى شأن النصوص العقابية، يؤكد أن الأضرار المترتبة على غموضها ، لاتكمن فى مجرد التجهيل بالأفعال المنهى عنها، بل تعود – فى تطبيقاتها – إلى عنصر أكثر خطرا ، وأبرز أثرا يتمثل فى افتقارها إلى الحد الأدنى من الأسس اللازمة لضبطها، والتى تحول كأصل عام بين القائمين على تنفيذها ، وإطلاق العنان لنزواتهم، أو سوء تقديراتهم.

وأكدت المحكمة أنه إذا كان الأصل فى النصوص العقابية ، هو أن تصاغ فى حدود ضيقة **narrowly tailored** لضمان أن يكون تطبيقها محكما، فقد صار من الحتم أن يكون تميعها محظورا[169]، ذلك أن عموم عباراتها واتساع قوالبها، قد يصرفها إلى غير الأغراض المقصودة منها، وهى تحض دوما على عرقلة حقوق كفلها الدستور، أو تتخذ ذريعة للإخلال بها، وفى مقدمتها حرية التعبير، وحرية التنقل، والحق فى تكامل الشخصية، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع.

ولئن جاز القول بأن تقدير العقوبة وتقرير أحوال فرضها هو مما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يمارسها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، وفق الأسس الموضوعية التى يراها أصوب لمصالح الجماعة، وأحفظ لقيمها، إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور، ويندرج تحتها ألا يكون أمر التجريم فرطا، وهو مايتحقق فى كل حال كلما كان النص العقابى محملا بأكثر من معنى، مرهقا بأغلال تعدد تأويلاته، مرنا متراميا على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها، متغولا – من خلال انفلات عباراته – حقوقا أرساها الدستور، مقتحما ضماناتها، عاصفا بها، حائلا دون تنفسها بغير عائق ويتعين بالتالى أن يكون النص العقابى حادا قاطعا، لايؤذن بتداخل معانيه أو تشابكها ، كى لاتنداح دائرة التجريم، وليظل دوما فى إطار الدائرة التى يكفل الدستور فى نطاقها، قواعد الحرية المنظمة **ordered liberty .**

وهكذا خلصت المحكمة – فى هذا الحكم التعليمى التثقيفى المرشد للمشرع والقاضى والفقيه – إلى أنه طالما أن القوانين الجزائية تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها، كى يدفعوا عن حقهم فى الحياة، وكذلك حرياتهم، تلك المخاطر التى تعكسها العقوبة، ومن ثم كان أمرا مقضيا أن تصاغ تلك

القوانين بما يحول دون انسيابها، أو القياس عليها، أو تباين الآراء حول مقاصدها[170].

ووضوح النص لايرتبط فحسب بالركن المادى للجريمة والعقاب عليه وإنما يمتد ليشمل لزوما الركن المعنوى فى الجريمة حتى ولو تعلق الأمر بجريمة غير عمدية، إذ الأخيرة لاتقوم إلا على الخطأ – حسبما أوضحته المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/١٢/٢ [171] .

وترى المحكمة أن صور الخطأ على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل فى انحرافها عما يعد – وفقا للقانون الجنائى – سلوكا معقولا للشخص المعتاد، وأن هذه الصور على تعددها ، تتباين فيما بينها سواء فى نوع المخاطر التى تقارفها أو درجتها. ويتعين بالتالى أن يتدخل المشرع ليحدد مايكون منهامؤثما فى تقديره مع بيان عناصر الخطأ فى كل منها تعريفا بها ، وقطعا لكل جدل حول ماهيتها، توقيا لالتباسها بغيرها، وتعيينا جليا لما ينبغى على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال .

وأوضحت المحكمة سبب ماقررته فى عبارة بلاغية رائعة تجمع الأمر وتمثل ضوابطا للتجريم عامة هى أنه « لايجوز لمثل هذه النصوص أن تحمل الناس مالايطيقون ولا أنه تؤاخذهم بما يجهلون ، ولا أن تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير منذرين، ولا أن تنهاهم عما ألبس عليهم، وإلا قام التجريم فيها على أساس من الظن أو الإبهام، ليكون خداعا أو ختالا [172] .

وهكذا يمكن القول بأن النصوص العقابية لايجوز أن تكون شباكا أو شراكا يلقيها المشرع متصيدا باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها [173].

المطلب الثالث

مراعاة تفريد العقوبة

Individualization of punishment

إذا كانت القاعدة هى أن الجزاء من صنف العمل بما يشير إلى ضرورة مراعاة نوع من التوازن بين العقوبة والجريمة ، فإنه لاجدال فى ضرورة تمكين القاضى من أن يقدر الجزاء المناسب من خلال العوامل الموضوعية المتصلة بالجريمة وتلك الشخصية المتصلة بمرتكبها، الأمر الذى يُفضى إلى ضرورة التقرير بأن سلطة القاضى فى تفريد العقوبة هى من الأمور شديدة الارتباط بالوظيفة القضائية وخصائصها وهو الأمر الذى لايجوز للمشرع انتهاكه ولاحرمان القاضى منه.

وقد أتيح للمحكمة أن توضح موقفها من هذا المبدأ لما قضت بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٦/٨/٣[174] ، بعدم دستورية مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥٦ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ من عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة الغرامة، وقد ذهبت المحكمة تأسيسا لقضائها المذكور إلى أن المتهمين لاتتجانس خصائص تكوينهم **heterogenous** ولاتتحد بيئتهم ، بل يتمايزون على الأخص من حيث تعليمهم وثقافتهم وقدر ذكائهم واستقلالهم وتدرج نزعتهم الإجرامية بين لينها واعتدالها أو غلوها أو إيغالها.

ويستحيل بالتالى معاملتهم بوصفهم نمطا ثابتا، أو النظر إليهم باعتبار أن صورة واحدة تجمعهم لتصبهم فى قالبها بما مؤداه أن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لاتعميمها . وتقرير استثناء من هذا الأصل – أيا كانت الأغراض التى يتوخاها– مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم " **homogenous** " وأن عقوبتهم

يجب أن تكون واحدة لاتغاير فيها ، وهو مايعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة - وبصورة مجردة - ليجر ألوانا من المعاناة تخالطها آلام تفتقر لمبرراتها، وبعد أن فقدت العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها ، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض.

كذلك ذهبت المحكمة إلى أن اعتبار المتهمين نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جريمتهم أو دوافعها أوخلفيتها لايعدو أن يكون إخلالا بشرط الوسائل القانونية السليمة التى لايتصور فى غيبتها أن يكون للحق فى الحياة أو فى الحرية، من قيمة لها اعتبارها.

وانتقلت المحكمة بعد ذلك إلى ضرب صور التفريد، فذهبت إلى أنها لاتتقيد بنوع العقوبة وقدرها - فى إطار الحدود المقررة قانونا لها، وإنما تنفك لتشمل تنفيذ العقوبة المحكوم بها أو الأمر بإيقافها ، فى إطار من سلطة القاضى التقديرية لخطورة التنفيذ ومايتضمنه من الاتصال بمذنبين آخرين ربما كانوا أكثر عتوا وأفدح إجراما.

وأكدت المحكمة أن تفريد عقوبة الغرامة أكثر مرونة من ذلك المتعلق بالعقوبة السالبة للحرية، إذ يكفل عدالتها وييسر تحصيلها دون أن تكون وطأتها على الفقراء أثقل منها على الأغنياء.

ووضعت المحكمة فى هذا الحكم معيارا متميزا مؤداه عدم دستورية كل نص تحاول به السلطة التشريعية أن تخل بالحقوق المرتبطة عقلا بالوظيفة القضائية بحسبان أن ذلك يعد انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات ، لأن الدستور إذا كان قد حدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها ، فإنه بذلك يكون قد عين لكل منها التخوم والقيود الضابطة لولايتها بما يحول دون تدخل إحداها فى أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها فى ممارسة اختصاصاتها التى ناطها الدستور بها[175].

المطلب الرابع

كفالة حق الدفـاع

نصت المادة ١/٦٧ من الدستور على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكم قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وهكذا كفل الدستور حق الدفاع كشرط من شروط المحاكمة المنصفة وأكده مرة أخرى حين نص فى المادة ١/٦٩ على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وقد سبق تأكيد هذا الحق بواسطة كلا من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية [176] .

وبالاضافة إلى القيمة الدستورية لحق الدفاع فقد نال هذا الحق ضمانا دستوريا فيما يتعلق بعناصره ، وهى على التفصيل الآتى :

- حق المتهم فى الإحاطة بالتهمة حتى يمكن ضمان الدفاع الفعال عنه، إذ بدون هذه الإحاطة والمعرفة يضحى حق الدفاع مشوبا بالغموض فاقدا لفعاليته، وقد أكدت هذا الحق المادة (٧١)[177] من الدستور المصرى وأشار إليه أيضا العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية .

- حق المتهم فى إبداء أقواله بحرية ، دون إكراه، وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن مقبوض عليه أو مقيده حريته تحت وطأة الإكراه البدنى أو المعنوى يهدر ولايعول عليه (مادة ٤٢ من الدستور).

- الحق فى الاستعانة بمدافع وهو ماكفله الدستور المصرى بالمادة ٦٩ منه، بل إن كل متهم فى جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه (م ٢/٦٧ من الدستور).

وعلى الإجمال يمكن التقرير بأن المشرع الدستورى حاول تحقيق توازن نسبى - وليس حسابى - بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام حتى لاتتحول الإجراءات الجنائية إلى وثيقة اتهام مستمرة يقف أمامها المتهم موقف الإذعان أو الخضوع بما يتناقض مع قرينة البراءة.

وقد أوضحت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٤/٢/١٢[178] حول تقدير أتعاب المحامى حق الدفاع بصفة عامة ومفهومة - دون أن تقصره على المجال الجنائى، فأكدت على أن ضمان هذا الحق يفترض أن يكون الدفاع فعالا، محيطا بالحقوق التى يتناولها التوكيل ، فلا تكون المعاونة التى يقدمها المحامى لموكله دون مستوياتها الموضوعية التى يمليها الضمير ، وكان الدستور تعزيزا منه لضمانة الدفاع على هذا النحو لم يجز للسلطة إهدار هذا الحق أو تقليص محتواه، إذ إن ضمانة الدفاع لم تعد ترفا يمكن التجاوز عنه، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها، ليس إلا هدما للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقوفها سوية على قدميها، سواء أكان نقضها أو إعاقتها منصرفا إلى حق الدفاع بالأصالة ، بما يقوم عليه من ضمان حق كل فرد فى أن يعرض وجهة نظره فى شأن الواقعة محل التداعى مبينا حكم القانون بصددها، أم كان متعلقا بالدفاع بالوكالة، حين يقيم الشخص باختياره محاميا يطمئن إليه لخبرته وقدراته.

وأكدت المحكمة أن الدستور بعد أن قرر أصل الحق فى ضمانة الدفاع - أصالة أو بالوكالة - خطا خطوة أبعد بإقراره الفقرة الثانية من المادة ٦٩ ، التى تنص على أن تكفل الدولة لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم ، مخولا المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملائمة التى يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحرياتهم من خلال تأمين ضمانة الدفاع عنها.

ويحكم المحكمة الصادر بجلسة ١٩٩٥/١٢/٢[179] بعدم دستورية ماتضمنته الفقرة الثالثة من المادة ٨ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ والتى حظرت مباشرة المحامين بالإدارات القانونية بشركات القطاع العام لأعمال المحاماة بالنسبة إلى القضايا الخاصة بهم وتكون متعلقة بالجهات التى يعملون فيها، أكدت المحكمة على المزاوجة بين حق الدفاع وحق التقاضى بما قررته من أنه لايمكن فصلهما أو عزلهما، ذلك أنهما متكاملان ويعملان معا فى دائرة الترضية القضائية **judicial relief** والتى يعتبر اجتناؤها غاية نهائية للخصومة القضائية فلا قيمة لحق التقاضى ، ما لم يكن متساندا بضمانة الدفاع، عاملا من أجل إنفاذ مقتضاها، والعكس صحيح فلا قيمة لضمانة الدفاع بعيدا عن حق النفاذ الى القضاء وإلا كان القول بها وإعمالها واقعا وراء جدران صامتة " **behind walls of silence** " .

وأوضحت المحكمة أن حقى الدفاع أصالة أو بالوكالة مستقلان، ولايتهادمان، وأن حق الدفاع أصالة أسبق وجودا من الحق فى اختيار محام.

وركزت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/٥/١٦[180] على ضمانة الدفاع فى المجال الجنائى - التى هى فرع من ضمانة الدفاع عامة - مؤكدة أن ضمانة الدفاع فى تأمين حقوق الفرد وحرياته تبدو أكثر لزوما فى مجال الاتهام الجنائى، باعتبار أن الإدانة التى قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بين الفرد والجماعة التى ينتمى إليها منهية - أحيانا- آماله المشروعة فى الحياة

، الأمر الذى يتعين معه أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الاتهام موازنا بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم، ويتمكن بالتالى من مقارعة الحجة بمثلها ودحض الأدلة .

وذهبت المحكمة إلى أنه غدا أمرا مقضيا أنه إذا كان حق الدفاع فى المجال الجنائى يعنى فى المقام الأول حق المتهم فى سماع أقواله ، ولذلك فإن حق الدفاع يغدو سرابا بغير اشتماله على الحق فى سماع[181] المتهم عن طريق محاميه، ذلك أن ماقد يبدو واضحا فى الأذهان لرجال القانون، يكون شائكا محاطا بغلالة كثيفة من الغموض بالنسبة لغيرهم أيا كان حظهم من الثقافة، وبوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام وخفاء جوانبها التى تتعلق بالقواعد الحاكمة للأدلة، الأمر الذى يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامى الذى يقيمه الشخص باختياره وكيلا عنه إذا كان قادرا على الوفاء بأتعابه، أو معونة من تنتدبه المحكمة له إذا كان معسرا ، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها.

ولم يفت المحكمة أن تؤكد أن ضمانة الدفاع لاتقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها، بل تمتد كذلك مظلتها ومايتصل بها من أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها التى يمكن أن تحدد نتيجتها المصير النهائى لمن قبض عليه أو اعتقل وتجعل بعدئذ من محاكمته إطارا شكليا لايرد عنه ضررا ، وبوجه خاص كلما أقر بالخداع أو الإغواء بما يدينه.

ولاحظت المحكمة أن هذا المعنى يؤيده نص المادة (٧١) من الدستور والذى خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو للاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون ، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية اللازمة ممن يختاره من المحامين ، ليمده بالمعاونة الفعالة، ومن ثم لايجوز الفصل بين المتهم ومحاميه بما يسىء إلى مركزه وذلك سواء أثناء التحقيق الابتدائى أو قبله. وتقصد المحكمة بالطبع من لفظ قبله سؤال المتهم بمعرفة ضباط الشرطة قبل عرضه على النيابة.

وبحكم المحكمة الصادر بجلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ ، والذى قضى بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية، والذى ألزم المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات ، بأن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر فى الخمسة أيام التالية ، بيانا بالأدلة على كل فعل أسند إلى موظف عام، أو شخص ذى صفة نيابية عامة، أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل، أعادت المحكمة التأكيد على أن ضمانة الدفاع لاتقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة بل تمتد مظلتها كذلك، ومايتصل بها من أوجه الحماية، إلى المرحلة السابقة عليها.

وذهبت إلى أنه من غير المتصور أن يكون دور المحامين رمزيا أو شكليا متخاذلا أو قاصرا عن أن يقدم للمتهمين تلك المعاونة الفعالة التى يقتضيها النظام الاختصامى للعدالة الجنائية ، وقوامها الفرص المتكافئة التى يواجهون من خلالها الأدلة التى طرحتها النيابة العامة إثباتا للجريمة، مع الحق فى دحضها بأدلة النفى التى يقدمونها- لا خلال فترة زمنية محددة لايحيدون عنها- بل كلما كان ذلك ممكنا والى أن تصل المحاكمة الجنائية ذاتها - وعلى امتداد مراحلها- إلى خاتمتها.

وقد اعتبر النص المطعون فيه معجزا المحامين عن إدارة الدفاع عن موكليهم وفق أصول المهنة ومقتضاها[182] .

المطلب الخامس

مراعاة قاعدة رجعية القوانين العقابية الأصلح للمتهم

أوضحت المحكمة مؤدى هذه القاعدة وأساسها وغايتها بحكمها الصادر فى ١٩٩٢/١١/٧[183] فأكدت على أن مؤداها سريان النصوص العقابية الأصلح للمتهم بأثر رجعى على الجريمة التى ارتكبها المتهم وذلك لانتفاء الفائدة الاجتماعية التى كان يرجى بلوغها من وراء تقرير العقوبة وتوقيعها عليه.

وأساس هذه القاعدة تفرضها المادة (٤١) من الدستور، إذ رجعية القوانين الأصلح للمتهم ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غدا تقريره مفتقرا إلى أية مصلحة اجتماعية ، ويتحقق ذلك بوجه خاص حين ينتقل القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة – وهى الأصل – مقررا أن ماكان مؤثما لم يعد كذلك وأن الفلسفة التى كان القانون القديم ينطلق منها معاقبا على كل فعل يناقضها، قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنقتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها .

ولاتخل القاعدة الآنفة بالنظام العام بل هى أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده. وفى تطبيق للمبدأ المذكور ذهبت المحكمة إلى أنه إذا كان وزير التموين قد أقر تنظيما يؤثم أفعالا تتعلق بتداول إحدى السلع أو حيازتها بقصد الاتجار أو التعامل فيها، وكان هذا التنظيم غير مقيد بفترة زمنية موقوتة، بل كان العمل به ممتدا فى الزمان ، فإن عدول الوزير عن هذا التنظيم وإباحته الأفعال التى كان قد حظرها ، يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم.

وقد أتيح للمحكمة فى حكم حديث لها صادر بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢[184] أن تعيد تأكيد المبدأ ولكن بصورة أكثر تفصيلا ووضوحا حيث أعطت المحكمة لمدأى عدم رجعية القوانين الجنائية، وضرورة إرجاعها حال كونها أصلح للمتهم ذات القيمة الدستورية ، فأوضحت المحكمة أن إنكار الأثر الرجعى للقوانين الجزائية، يفترض أن يكون تطبيقها فى شأن المتهم مسيئا إليه، فإن كانت أكثر فائدة لمركزه القانونى فى مواجهة سلطة الاتهام، فإن رجعيتها تكون أمرا محتوما.

ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا وتتكاملان : أولاهما : أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلا فى الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلايكون رجعيا كلما كان أشد وقعا على المتهم ، وثانيتهما : سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق كلما كان القانون الجديد أكثر يسرا. وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه ، أن ثانيتهما لاتعتبر استثناء من أولاهما، ولاهى قيد عليها، بل هى فرع منها ونتيجة حتمية لها. وكلتاهما تعتبران امتدادا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات **Le prolengement nécessaire** ولهما معا القيمة الدستورية ذاتها.

وصار أمرا مقضيا – وكلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم – أن ترد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها.

ولم يفت على المحكمة أن توضح أمرا هاما شأنه، ويعد مفترضا أوليا لتطبيق القاعدة ألا وهو أن *القوانين الجزائية التى تقارنها ببعض تحديدا لأصلحها للمتهم* ، يفترض اتفاقها جميعها مع الدستور، وتزاحمها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها فى عقوباتها.

وهكذا يمكن القول إنه حتى يصلح القانون الجزائى ليدخل فى مقارنة مع غيره لبحث ما إذا كان أصلح للمتهم فإنه لابد وأن يكون متفقا أساسا مع الدستور ، ويعد كل قضاء من المحكمة فى هذا الشأن مؤكدا على الدستورية مانعا من العودة إليها، الأمر الذى يمكن تشبيهه بما استقرت عليه المحكمة الدستورية من أن كل قضاء فى موضوع القانون يفترض مبدئيا خلوه من العيوب الشكلية .

وفى تطبيق لمبدأ القانون الأصلح للمتهم على الموضوع المعروض على المحكمة، ذهبت المحكمة إلى أن المشرع انتقل بحق المؤجر فى تقاضى مقدم الأجرة من الحظر الكامل المقرر بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (م ٢٦ ، م ٧٧ منه) ، إلى الحظر المقيد المقرر بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (م ٦منه) ، إلى إطلاق هذا الحق من كل قيد ضمانا لأن يكون هذا الحق مكتملا لامبتسرا، وذلك بإصداره القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ فى ١٩٩٦/١/٣٠.

وإذا بات الأمر كذلك فقد تعين الحكم بانقضاء مصلحة المدعى فى الدعوى ومن ثم القضاء بعدم قبولها. وقد حرصت المحكمة فى الفقرة الأخيرة من الأسباب السابقة على المنطوق مباشرة أن تؤكد أن قضاء المحكمة باعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أصلح للمتهم، قد انبنى على التطبيق المباشر للقواعد الدستورية ، ومن ثم فإن القضاء باعتبار هذا القانون أصلح للمتهم يكون متمتعا بالحجية المطلقة التى أسبغها المشرع على أحكام المحكمة الدستورية الصادرة فى المسائل الدستورية ، وملزما بالتالى الناس كافة وكل سلطة فى الدولة ، بما فى ذلك جهات القضاء على اختلافها[185] .

ومرجع الحرص الآنف فى رأينا يرجع إلى أمرين :

الأمر الأول :

إن المحكمة كانت تعلم يقينا وقت إصدارها للحكم بوقوع تضارب بين دائرتى محكمة النقض الجنائية [186]والمدنية حول ذات الموضوع حيث ذهبت الدائرة الجنائية حقا إلى أن القانون ٤ لسنة ١٩٩٦ يعتبر أصلح للمتهم بينما ذهبت الدائرة المدنية إلى وجهة النظر العكسية فأرادت أن تضع حداً لهذا الأمر.

وكان قضاء الدائرة المدنية قد تأسس على أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ – السالف بيانه – فى صريح لفظه وواضح دلالته ومن مطالعة مذكرته الإيضاحية اكتفى بالنص على عدم سريان تشريعات إيجار الأماكن على العلاقات التى يحكمها والتى أحال بشأنها إلى أحكام القانون المدنى وهى الخاصة بالأماكن التى لم يسبق تأجيرها، والأماكن التى انتهت عقود إيجارها قبل العمل بذلك القانون أو تنتهى بعده لأى سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقا للقانون. ولازم ذلك ، إن أحكام القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصادرة قبلهما ، تظل سارية على العلاقات الإيجارية القائمة والتى أبرمت فى ظل تلك القوانين قبل العمل بالقانون الجديد، ومن بينها النصوص التى قيدت حرية المالك فى تقاضى أية مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار، إذ إن القانون الأخير لم يرد به – صراحة أو ضمنا – ثمة إشارة إلى إلغاء القوانين الخاصة بإيجار الأماكن التى صدرت قبله ، أو إلغاء النصوص التى تحرم تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الايجار الذى أبرم طبقا لأحكام تلك القوانين

قبل العمل بهذا القانون، كما لم يتضمن إلغاء العقوبة المقررة لها أو تعديلها ، فيبقى من ثم لكل من هذه القوانين مجال إعمالها ، ولايقدح فى ذلك مانصت عليه المادة الثالثة من هذا القانون بإلغاء كل نص فى أى قانون آخر يتعارض مع أحكامه ، ذلك أن الواضح من المادة الأولى- على ما سلف بيانه - أنها تسلم بعدم إلغاء القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وكذلك قوانين الإيجارات السابقة عليهما بشأن الأحكام المحددة للأجرة، والأحكام المقررة على مخالفتها - هذا إضافة إلى أن قوانين إيجار الأماكن الصادرة قبل العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ هى تشريعات خاصة ، وإذ يعتبر القانون الجديد تشريعا عاما، فإن التشريعات الخاصة السابقة تظل سارية استثناء من التشريع العام اللاحق ماضية فى تحقيق الغرض الذى سنت من أجله لماهو مقررمن أنه مع قيام قانون خاص لايرجع إلى أحكام قانون عام إلا فيما لم ينتظمه القانون الخاص من أحكام ، وأن التشريع العام اللاحق لاينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق بل يظل التشريع الخاص قائما، ومن ثم فإن الجرائم التى وقعت فى ظل قوانين إيجار الأماكن تظل قائمة وخاضعة لأحكامها حتى بعد العمل بأحكام القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ، ويسرى عليها أحكام تلك القوانين ولايمتد إليها أحكام ذلك القانون بأثر رجعى لتخلف مناط إعمال هذا الأثر.

ولاشك أن المتعمق فى حكم المحكمة الدستورية وحكم النقض الآنف يدرك أن حكم أولهما هو الراجح وثانيهما هو المرجوح من حيث إن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦- يقينا - أصلح للمتهم.

الأمر الثانى :

إن المحكمة كانت تعلم أن الأمر فيه تخريج جديد لم تذهب إليه سلفا حيث تقضى المحكمة بعدم قبول الطعن على مواد جنائية يراها الطاعن غير دستورية لانتفاء المصلحة فى الطعن عليها بعد أن صدر قانون جديد يزيل التجريم وينطبق عليها بأثر رجعى تطبيقا لقاعدة القانون الأصلح للمتهم.

وقد أدركت المحكمة أنه لو انتصرت هيئتا محكمة النقض المنصوص عليهما بالمادة ٤ من قانون السلطة القضائية لحكم الدائرة المدنية ولم تنص هى على هذه الفقرة السابقة على المنطوق، فقد يفسر البعض الأمر بأن حكم المحكمة الدستورية هو حكم بعدم القبول الشكلى وليس فيه إلزام للكافة خاصة وأنه لم يقض بدستورية نص أو بعدم دستوريته، مما يعنى يقينا إبقاء حكم المحكمة الدستورية دون تنفيذ إضافة إلى شذوذ غريب فى الأوضاع يتمثل فى إبقاء نصوص جنائية حصينة من الفحص الدستورى.

والمتعمق فى الأمور يدرك - حقا -أن الحكم الآنف وإن كان بعدم القبول إلا أنه قد تم بعد الاستغراق فى البحث الدستورى للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ وتطبيقه بوصفه قانونا أصلح للمتهم، الأمر الذى يجعله حكما فى دعوى دستورية ملزما لجميع سلطات الدولة وللكافة تطبيقا للمادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتى تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة .

ونرى أنه يقصد بالحكم فى الدعوى الدستورية الحكم الموضوعى بدستورية نص أو بعدم دستوريته وكذلك الحكم الشكلى بعدم القبول أو بانتهاء الخصومة المستند إلى أسباب موضوعية صرفه، حيث إن طبيعة هذه الأسباب حين إذ - كفكرة القانون الأصلح - تصلح لإلزام سلطات الدولة والكافة بها.

المبحث الرابع

مجال الشريعة الإسلامية

تمهيد :

كانت المادة الثانية من الدستور تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع وقد تم تعديلها بالتعديل الدستورى الذى تم فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن إلزام المشرع باتخاذ المبادئ الشرعية الإسلامية بصفتها المصدر الرئيسى للتشريع – على نحو ماجرى به التعديل السالف – لاينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الإلزام، بحيث إذا انطوى أى منها على مايتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الإعمال ، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد[187] .

وترتيبا على ماتقدم فقد أصدرت المحكمة عشرات[188] الأحكام التى انتهت فيها لرفض الدعوى.وسوف نحلل أحكام المحكمة المتعلقة بالقوانين المخالفة للشريعة وتلك غير المخالفة فى مطلبين متتاليين ، وسنوضح رأينا فى الموضوع فى مطلب ثالث.

المطلب الأول

القوانين المخالفة للشريعة

أتيح للمحكمة فى القليل من أحكامها القضاء بعدم دستورية تشريعات لمخالفتهالأحكام الشريعة الإسلامية نذكر منها على سبيل المثال مايلى :

١ – الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٥/٢٧[189] بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وذلك فيما قررته من جواز نزول المحامى أو ورثته عن إيجار مكتبه لمزاولة غير المحاماة من المهن الحرة أو لمباشرة حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة.

وقد ذهبت المحكمة إلى أن الفقرة الثانية سالفة الذكر قد جاءت كاستثناء من حكم المادة (٢٠) من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والذى يحق للمالك بمقتضاها الحصول على ٥٠٪ من مقابل تنازل المستأجر عن العين المؤجرة.

وقد لاحظت المحكمة أن الفقرة المقضى بعدم دستوريتها تنطوى على مزية استثنائية غايتها إسقاط حقوق المالك المرتبطة بها، وتقديم المنفعة المجلوبة على المضرة المدفوعة بالمخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

٢ – الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٥/٣/١٨[190] بعدم دستورية ماتضمنته المادة ٢٩ من القانون

رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلى له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه فى العين المؤجرة مدة سنة على الأقل سابقة على تركه العين أو مدة شغله لها أيهما أقل.

وقد مدت المحكمة نطاق الطعن إلى الأحكام ذاتها التى تبنتها المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، حيث أجازت تلك المادة إخلاء العين المؤجرة للسكنى، إذا تخلى المستأجر الأصلى عنها للغير مع استثناء الترك تطبيقا لحكم المادة (٢٩) سالفة الذكر.

ومن حيث إن المحكمة قد انتهت فى الحيثية السابقة مباشرة على المنطوق إلى سقوط الاستثناء سالف الذكر، لذا كان طبيعيا أن تكتسب المحكمة الحق فى القضاء بعدم الدستورية استنادا للمادة الثانية من الدستور - إضافة لمواد أخرى استندت إليها - بحسبان أن النص المقضى بسقوطه والذى مدت المحكمة نطاق الطعن إليه لاحق للتعديل الدستورى سنة ١٩٨٠، واعتبرت المحكمة أن النص المطعون فيه ينحل إلى عدوان على الملكية من خلال نقض بعض عناصرها وهو بذلك لايندرج تحت تنظيمها ، بل يقوم على إهدار كامل للحق فى استعمالها واستغلالها ، ملحقا بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش.

وما سلف يخالف الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لاتبديل فيها، ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفا فيها عبادة الذين تعهد إليهم بعمارة الأرض ، وجعلهم مسئولين عما فى أيديهم من الأموال لايبددونهاأو يستخدمونها إضرارا، إذ يقول تعالى « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه» .

وعلى ولى الأمر (المشرع)، أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يرد الضرر البين الفاحش ، فإذا تزاحم ضرران، كان تحمل أهونهما لازما اتقاء لأعظمهما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد الضرر العام.

وصفوة القول أن المحكمة رأت أن النص محل الطعن والذى أقره ولى الأمر (المشرع) أثرى مستأجر العين وأفقر مالكها ، وانحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية ، مرجحا عليها مصالح لاتدانيها وهو الأمر المخالف للشريعة .

٣ - ويمثل الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٦/١/٦[191] مثالا صارخا لحكم تفصيلى فى تناوله لجوانب المسألة الدستورية .

وقد انصب الطعن فى القضية محل ذلك الحكم على نص المادة ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والذى ينص على أنه على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة . وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق ، أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة ، ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب *للمحضونين ولها.....»*

وقد انتهت المحكمة فى هذا الحكم إلى عدم دستورية المادة (١٨) مكررا ثالثا سالفة الذكر وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :

أولا – إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أو غير مؤجر.

ثانيا – تقييدها حق المطلق – إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا – بأن يكون إعداده مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ، واقعا خلال فترة زمنية لايتعداها، نهايتها عدة مطلقته.

ولما كان ماقضت به المحكمة فى البند ثانيا يجد ركيزته فى مبدأ (المساواة) فإن جل اهتمامنا سوف ينصب على ماقضت به المحكمة فى البند أولا بحسبانه يستند إلى مبادىء الشريعة الإسلامية الغراء – وهى محل اهتمامنا فى هذا المبحث – .

وتقضى مبادئ الشريعة بأنه لايجوز لولى الأمر أن يشرع حكما يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسرا لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا، بل يتعين أن يكون بصيرا بشئونهم بمايصلحها. وكان حقا قوله عليه السلام (مانهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)، والحنفية السمحة هى مدار الدعوة التى قام بتبليغها إلى الناس جميعا، إذ يقول تعالى (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم – مع إمكان إيوائهم فى مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا– مؤجرا كان أم غير مؤجر إعراضا عما ينبغى ان يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين، مصداقا لقوله تعالى (مايريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج) (وماجعل الله عليكم فى الدين من حرج) (يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر) (يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا).

وقد استدركت المحكمة وأكدت بأن القرآن فصل لاهزل ، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقته مع حاضنتهم – بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه، وهو مايقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هى المطلقه نفسها، بل أمها أو أختها أو خالتها – يعنى أن حاضنتهم هذه وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها – إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم، فلا تمنحهم كل اهتمامها، ولاتوفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم، وإما أن تقيم مع محضونيها– من دون أسرتها – ليتصدع بنيانها. ولايعدو ذلك كله أن يكون عبثا.

وخلصت المحكمة مما تقدم إلى وجوب تقيد النص المطعون فيه، فلا يكون مسكن الزوجية مقرا للمحضونين ، إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم تقيم فيه. وليس لازما أن يكون مملوكا لها، ذلك أن حق الصغار فى السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم، أيا كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين ، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب باعتباره من مؤنتهم.

وينتقد الدكتور كمال أبو المجد [192]– حقا – ماقررته المحكمة فى البند أولا– محل التحليل – تأسيسا على مايلى :

أ – إن المحكمة لم تكن مضطرة للولوج فى هذا الأمر، إذ كان يكفيها أن تقف عند حدود ماقررته فى البند ثانيا، إضافة إلى أن ماقررته فى البند أولا والذى يجد أصله الشرعى فيما روى عن أن رسول الله

« ماخير بين أمرين إلا اختار أيسرهما مالم يكن إثما » ، يتعلق بالإفتاء والقضاء ولايتعلق بالتشريع.

ب - أن مبدأ - اتباع الأيسر - وإن كان يمكن رده فى عمومه إلى قاعدة - رفع الحرج - إلا أنه حال تطبيقه عمليا تثور صعوبات جمة، خاصة فيما يتعلق بخصوص إلزام المطلق بتوفير مسكن لصغاره وحاضنتهم، إذ نحن هنا أمام مصالح متعارضة لأفراد متساويين ، الأب المطلق ، والصغار، والحاضنة ، فما يكون تيسيرا لواحد من الثلاثة قد يكون تعسيرا وإعناتا للآخرين .

جـ - لما كان المشرع هو صاحب الاختصاص الأصيل بالترجيح والموازنة والتوفيق بين المصالح فإنه لايجوز أن يُنقض اجتهاد المشرع عن طريق اجتهاد مضاد من المحكمة، طالما أن الأول لم يخالف حكما قطعيا من أحكام الشريعة أو مبدأ من مبادئها.

وأخيرا يشير سيادته ضمنيا إلى عدم تحبيذ خوض المحكمة فى تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها ومقاصدها على التفصيل الذى أورده الحكم - إذ من الأفضل تحاشى الخوض فى أمور لاتملك المحكمة ناصية القول فيها أو دليل اليقين، ويستحسن التوسط فى الرقابة فلا تكون مبالغة- كما حدث بالحكم السالف - أو إحجاما.

ونحن من جانبنا - ولقناعتنا التامة بوجاهة الحجج السالفة - ندعو دائما ألا تقضى المحكمة فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية قبل الاستئناس برأى المفتى بشأنها.

وفى إحدى القضايا المتعلقة بالشريعة المسيحية استأنست المحكمة برأى غبطة البابا شنوده الثالث بطريرك الأقباط الأرثوذكس[193] ، لذا فليس غريبا على المحكمة أن تستأنس برأى المفتى، وليس فى ذلك إقلالا من شأنها وإنما رفعة وتعضيدا لحكمها. وفكرة مذكرات الصداقة موجودة لدى المحكمة العليا الأمريكية منذ زمن بعيد.

المطلب الثانى

القوانين غير المخالفة للشريعة

على خلاف الحال بالنسبة للقوانين المخالفة للشريعة، فقد أتيح للمحكمة أن تقضى بدستورية العديد من التشريعات لعدم مخالفتها للشريعة ونذكر منها على سبيل المثال :

١ - الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٣/٧[194] برفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة الثامنة من القانون رقم ٩٣لسنة ١٩٨٠ والتى نصت على زيادة المعاش بنسبة ١٠٪ بالنسبة لمن انتهت خدمتهم قبل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٤ ، والفقرة الثانية من المادة ١٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ بزيادة معاشات من انتهت خدمتهم حتى ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ بنسبة ٢٠٪.

وذهبت المحكمة إلى أن الغاية من القانونين المذكورين هو تعويض أصحابها نتيجة عدم استفادتهم من قوانين الإصلاح الوظيفى ، الأمر الذى يعكس مصالح مشروعة يعتبر هذا التنظيم مرتبطا بها ومحققا لها، دون إخلال بمبدأ المساواة ، ودون مجافاة لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ورغم أن نص المادة الثامنة من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ سابق على التعديل الدستورى سنة ١٩٨٠ ، الأمر الذى كان يقتضى عدم فحص مدى توافقه مع أحكام الشريعة، إلا أنه نظرا لأن محل

الطعن ينصب أيضا على قانون لاحق للتعديل الدستورى سنة ١٩٨٠، لذا قاست المحكمة دستورية كلا النصين بمعيار الشريعة الإسلامية، وهذا هو ذات المذهب الذى اتبعته المحكمة بعد ذلك فى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٥/٣/١٨ (والذى سبق أن تعرضنا[195] له).

٢ - الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٣/١٤[196] برفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة (٢/٢٢) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والتى تنص على أنه « إذا أقام المستأجر مبنى مملوكا له يتكون من أكثر من ثلاث وحدات فى تاريخ لاحق لاستئجاره، يكون بالخيار بين الاحتفاظ بسكنه الذى يستأجره، أو توفير مكان ملائم لمالكه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثالثة بالمبنى الذى أقامه بما لايجاوز مثلى الأجرة المستحقة له عن الوحدة التى يستأجرها منه»

وذهبت المحكمة إلى أن موازنة نص المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بين مصلحتين مرجحا ما ارتآه منهما أحق بالحماية محققا المصلحة العامة، لامخالفة فيه لأحكام الدستور ومن بينها المادة الثانية التى يتعين بموجبها رد النصوص التشريعية إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لضمان توافقها معها، باعتبار توكيد النص أن المضرة المدفوعة مقدمة على المنفعة المجلوبة، وأنه فى إطار هذا الأصل لايجوز للمستأجر بعد صيرورته مالكا لعقار تتعدد وحداته السكنية أن يظل محتفظا بالعين التى استأجرها متسلطا عليها رغم زوال حاجته إليها مالم يوفر فى عقاره بديلا عنها لمن هم فى حوج إليها.

٣ - فى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٤/٣/٢٦[197] برفض الدعوى أتيح للمحكمة التعبير عن خالص فكرها وموقفها فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية.

وتخلص الوقائع فى أن أمًا رفعت دعوى نفقة لابنتها على الأب الذى دفع تلك الدعوى بإنكار نسب تلك الابنة ، الأمر الذى اقتضى وقف دعوى النفقة لحين الفصل فى دعوى النسب، والتى استغرق الفصل فيها نهائيا - حوالى أربعة عشر عاما « لصالح ثبوت النسب»، ولما جُدد نظر دعوى النفقة وجد الأب نفسه ملزما بحكم صدر فيها بأن يؤدى النفقة ومنذ ٧ ديسمبر ١٩٧٣ (تاريخ ميلاد الابنة) ، وهنا لم يجد الأب مفرا من الطعن أمام محكمة الاستئناف بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثانيا/٤ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

وتنص تلك الفقرة على أنه « ويستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع عن الإنفاق».

ولما وصلت الدعوى إلى المحكمة الدستورية نعى المدعى على تلك الفقرة مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية فيما تقره من قواعد قانونية ، بحسبان أن الفقه الحنفى يرى أن نفقة الأولاد لاتستحق عن مدة ماضية وإنما من تاريخ الحكم. وقد رفضت المحكمة الدعوى تأسيسا على مايلى :

- إن المسألة بداءة ليس فيها نص قطعى يقرر حكما فاصلا فى شأن جواز اقتضاء الولد لنفقته عن المدة الماضية غير القصيرة ومن ثم يكون الاجتهاد فى هذا النطاق مفتوحا.

وقول الحنفية بأن التراخى عن اقتضاء نفقة الولد عن مدة ماضية هو نزول ضمنى عنها، هو إحداث من جانبهم لقرينة قانونية قاطعة لايجوز هدمها ولو قام الدليل على نقيضها وهو افتراض

لايستقيم فى كل الأحوال، ولايعكس الصور الأكثر وقوعا فى الحياة العملية. وربما كان قول الحنفية ومن شايعهم ملائما بمقاييس زمانهم حينما كان الوازع الدينى قويا، وكان أمرا ميسرا كذلك اللجوء إلى قاض يوفر حلا ناجزا بعد فترة وجيزة من عرض النزاع عليه، وهو الأمر المتخلف حاليا مما يتعين معه تغيير الحكم الشرعى بتغير الزمان.

وهكذا خلصت المحكمة إلى صحة اجتهاد المشرع وتوافقه مع أحكام الشريعة.

٤ - وفى الحكم الصادر بجلسة ١٤/٨/١٩٩٤[198] برفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة ١١مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والتى تنص على أنه « على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول، ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه، إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب ، بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى ....»، ذهبت المحكمة بداءة إلى أنه لامصلحة للزوج فى الطعن على القيد الإجرائى بحسبانه مقررا لصالح الزوجة فقط .

ومن ناحية أخرى ذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه قد دل بعبارته على أمرين ينفيان معا قالة مصادرته للتعدد أو تقييد الحق فيه، أولهما: إن حق الزوجة التى تعارض الزواج الجديد فى التفريق بينها وبين زوجها، لايقوم على مجرد كراهيتها له أو نفورها منه لتزوجه عليها، وليس لها كذلك أن تطلب فصم علاقتها بزوجها بادعاء أن اقترانه بغيرها يعتبر فى ذاته إضرارا بها، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضررا منهيا عنه شرعا قد أصابها بفعل أو امتناع من زوجها، على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لامتصورا، ثابتا وليس مفترضا ، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق فى ذاتها وليس مترتبا عليها. فإن لم تكن هذه الزيجة هى المناسبة التى وقع الضرر مرتبطا بها، فإن حقها فى التفريق بينها وبين زوجها يرتد إلى القاعدة العامة فى التطليق للضرر المنصوص عليها فى المادة ٦ من المرسوم بقانون المطعون عليه.

ثانيهما : إن القاضى لايجيب إلى طلب التفريق إلا إذا عجز عن الإصلاح وهو الأمر الذى يؤكد أن الضرر المقصود ليس ناشئا عن الجمع فى ذاته، إذ الضرر الناشئ عن الجمع - وفق ما آمنت به المحكمة وهو الذى يعود إلى المشاعر النفسية التى تعمل فى صدر المرأة تجاه ضرتها، والذى يرجع لتلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، ولايخلص هو لإحداهن، وهى بعد غيرة لايمكن تنقية النفوس البشرية منها- لم يقصد النص المطعون فيه إلى إزالته. وترتيبا على ماوقر لدى المحكمة من قناعة بأن النص المطعون فيه لايعارض التعدد ولاينظر إليه باعتباره ذريعة إلى حرام، ولايتوخى كذلك بلوغ غاية بذاتها يكتنفها الإثم أو يتصل بها، انتهت المحكمة إلى رفض الدعوى .

ولم يفت المحكمة أن تؤكد فى حيثيتها السابقة مباشرة على المنطوق، بأن المعنى المعين الذى تتبناه المحكمة لمضمون نص تشريعى بما يؤدى إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه، يكون هو الدعامة التى يقوم عليها الحكم لتمتد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التى أسبغها

قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها فى المسائل الدستورية باعتبارهما متضامنين وكلا غير منقسم. ولايجوز بعدئذ لأية جهة - ولو كانت قضائية - أن تعطى هذا النص معنى مغايرا يجاوز تخوم الدائرة التى يعمل فيها، محددا إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا.

وهذا يعنى - مثلا- أنه لايجوز للقاضى الذى ينظر الموضوع أن يعتبر أن الزواج بأخرى فى ذاته يرتب ضررا للزوجة الأولى يفضى إلى الطلاق، كما أنه لايجوز له وهو يمارس اختصاصه بالإصلاح والتوفيق بموجب نص المادة المطعون عليها أن يدعو الزوج إلى مفارقة زوجته الجديدة، وإنما على القاضى أن يتحقق من أن هناك أضرارا ترتبت على الزواج الثانى كان ذلك الزواج مناسبتها مثل عدم المعاشرة الجنسية للزوجة الأولى أو الاعتداء المادى عليها أو نفوره من مستواها الاجتماعى ومعايرتها به .....إلخ.

٥ - ولعل أكثر حكم فى مجال الشريعة الإسلامية أحدث صدى ودوى كبير هو حكم النقاب الصادر بجلسة ١٨/٥/١٩٩٦[198].

وتلخص وقائع هذا الحكم فى أن فتاتين منقبتين منعتهما إدارة المدرسة من دخولها استنادا لصدور قرار من وزير التعليم بمنع دخول الطالبة المنقبة للمدرسة، فرفع أبوهما دعوى أمام محكمة القضاء الإدارى، التى أحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية قرار وزير التعليم رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٤ والمفسر بالقرار رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ والذى منع دخول الفتاة إلى المدرسة منقبة وإن أجاز دخولها محجبة.

وقد وجدت المحكمة أن تحريم أمر أو شأن من الشئون لايتعلق بما هو محتمل، بل بما يكون معلوما بنص قطعى ، وإلا ظل محمولا على أصل الحل، وكان لادليل من النصوص القرآنية ولامن السنة الحميدة على أن لباس المرأة يتعين أن يكون احتجابا كاملا ، متخذا نقابا محيطا بها منسدلا عليها لايظهر منها إلا عينيها ومحجريها، ومن ثم فإن إلزامها إخفاء وجهها وكفيها وقدميها- عند البعض - لايكون تأويلا مقبولا ولامعلوما من الدين بالضرورة.

وهكذا انتهت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه لايناقض نص المادة الثانية من الدستور ذلك أن لولى الأمر فى المسائل الخلافية حق الاجتهاد بما ييسر على الناس شئونهم وبما لايعطل المقاصد الكلية لشريعتهم.

وأضافت المحكمة أن الاجتهاد السالف من المشرع لايتوخى غير تنظيم رداء الفتاة - فى دائرة المعاهد التعليمية عبر المراحل الدراسية التى حددها - بما لاينتقص من حيائها أو يمس عفافها أو يشى بعوراتها، ومن ثم فإن هذا القرار يدخل فى دائرة المباح، ولايعد افتئاتا على حرية العقيدة، ومن ثم خلصت المحكمة لرفض الدعوى.

ويلاحظ أن الحكم السالف ربما يكون هو الوحيد الذى يتعلق بالطعن على دستورية قرار لائحى وليس قانون لمخالفته للمادة الثانية من الدستور .

ولاشك فى أن هذا الحكم قد أزال غيوما نسبت إلى الإسلام واهتم به الكثير من الفقه الأجنبى [199].

ورغم اتفاق المستشار - سعيد العشماوى[200] مع الحكم السالف فى النتيجة إلا أنه رأى أن هناك تزيدا فى بعض فقرات الحكم تمثل إسرافا مما يؤدى إلى نتائج فكرية واجتماعية وسياسية

سيكون لها مردود خطير فى المستقبل . ويقوم رأى سيادته على الأفكار الآتية :

١ - إن الحكم لايجيز الاجتهاد فى الأحكام الشرعية القطعية وهو ترديد للمقولة الدارجة بأنه لا اجتهاد مع وضوح النص، وهذه المقولة تخالف الواقع الإسلامى ويعارضها الكثير من المفكرين.

ونرى أن سيادته لم يوفق فى هذا النقد بحسبان أنه لو أجيز الاجتهاد فيما هو قطعى الثبوت والدلالة لانهارت الشريعة الإسلامية ، فكيف يمكن إنكار الصلاة وتوقيتاتها والصوم والزكاة .....إلخ.

٢ - إن الحكم استعمل تعبير إنكار ماهو معلوم بالضرورة، دون تعريف جامع مانع له مع أن هذا التعبير فقهى وليس شرعى، ولم يرد فى القرآن أو السنة وإنما ابتدعه الفقه المتأخر ليوقع به الحكام حد الردة على من لم يرتد وفقا للقواعد الشرعية، وبهذا التعبير الغامض يمكن معاقبة أى مسلم بالقتل لأى عمل يرى فيه القاتل أو من يحرضه إنكارا لماهو معلوم من الدين بالضرورة.

ونرى أن أى قارئ للحكم سوف يدرك أن ماهو معلوم من الدين بالضرورة هو الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثم فإن المحكمة لم تفتح حقيقة بابا للتطرف والإرهاب ، كما أن هذا الأمر الأخير موضوع آخر لاعلاقة له بالحكم ولايجوز التقرير بالردة إلا بمعرفة الدولة وبحكم قضائى.

٣ - جاء فى أسباب الحكم أنه ليس للمرأة أن تطلق إرادتها فى اختيارها لزيها وبمراعاة أن هيئة ثيابها ورسمها لاتضبطها نصوص مقطوع بها سواء فى ثبوتها أو دلالتها، لتكون من المسائل الاختلافية التى لاينغلق الاجتهاد فيها، بل يظل مفتوحا فى إطار عام حددته النصوص القرآنية ذاتها، ليخرج لباس المرأة بذلك عن أن يكون من الأمور التعبدية التى لاتبديل فيها، بل يكون لولى الأمر السلطة الكاملة التى يشرع بها الأحكام العملية فى نطاقها، فى إطار من ضابط عام وهو تحقيق الستر بمفهومه الشرعى ليكون لباس المرأة تعبيرا عن عقيدتها.

ويرى سيادته أن الحكم فى الفقرة المذكورة انطوى على بعض الاضطراب والتناقض، إذ بينما يقرر أن ثياب المرأة ورسمها لايضبطها نصوص مقطوع بها سواء فى ثبوتها أو دلالتها يعود فيقول إن ضابطها هو التستر بمفهومه الشرعى ليكون لباس المرأة تعبيرا عن عقيدتها، فكيف يكون مايعبر عن العقيدة ليس من العقيدة ؟.

ويمكن الرد على ذلك أن مقصد الحكم الواضح من ثياب المرأة ورسمها التى لاتضبطها نصوص مقطوع بها هو شكل هذه الثياب وتكوينها أما الضابط العام لسلطة المشرع الذى هو التستر بالمفهوم الشرعى فهو ماعبرت عنه المحكمة بقوله تعالى « وليضربن بخمرهن على جيوبهن»، «ولايبدين زينتهن إلا ماظهرمنها »، « يدنين عليهن من جلابيبهن»، «ولايضربن بأرجلهن ليعلم مايخفين من زينتهن».

ومع مراعاة هذا الضابط العام المذكور يسترد المشرع سلطته التقديرية فى الاجتهاد والتنظيم دون أن يصل الأمر إلى فرض النقاب بحسبانه غير مفروض أصلا، ولأن فى فرضه مجاوزة لحدود العقيدة.

٦ - وبالحكم الصادر بجلسة ١٩٩٦/١١/١٦[201] أتيح للمحكمة أن توضح موقفها من الربا إذ طعن على نص المادة (١٧٢) من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ولاحظت المحكمة أن النص الطعين يفرض مقابل تأخير على التأخير فى توريد الضريبة الواجبة الأداء، الأمر الذى لم تعتبره المحكمة من قبيل ربا الديون المحرم شرعا. وذهبت المحكمة إلى أن ذلك

الربا فى صورته المتفق عليه يفترض اتفاق طرفيه على زيادة فى الأجل يمنحها الدائن للمدين لتقابلها وتعوض عنها زيادة فى أصل الدين يقبلها المدين ، فلايكون للدائنين رءوس أموالهم بل يظلمون - انتهازا أو استغلالا - بقدر مازاد فيها مقابل تأجيل الدين أيا كان سببه، ولاكذلك الجزاء المقرر بالنص المطعون فيه إذ يتمثل فى تعويض مقدر وفق الأسس التى بينها، بقصد حمل الملتزمين بدين الضريبة على الوفاء بها فى الآجال المحددة قانونا، ضمانا لحصول الدولة على الموارد اللازمة لمواجهة نفقاتها، وعليه انتهت المحكمة لرفض الدعوى.

وهكذا يمكن أن نقول إن إيقاع الجزاء طالما لايرتبط بمهلة جديدة تمنحها الدولة لمدينها بالضريبة، وإنما يتوخى ردع المدين إذا ماطل فى الأداء فلا ربا، ويؤيد ذلك أن مصدر الجزاء المباشر هو القانون فى نطاق علائق القانون العام.

المطلب الثالث

رأينا فى الموضوع

تلاحظ لنا بعد التعمق فى قراءة أحكام المحكمة المتعلقة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، قدرة فائقة وغير منكورة من أعضائها على فهم وتبسيط وعرض أحكامها واستخراج كنهها، وقد تبين لنا أن قليلا من الأحكام هى تلك التى انتهت فيها المحكمة إلى عدم دستورية النص تطبيقا لأحكام الشريعة بخلاف الحالة العكسية .

ونحب أن نوضح الأمور التالية فيما يتعلق بتطبيق الشريعة:

١ - عندما يتعلق الطعن بقانونين أحدهما سابق والآخر لاحق للتعديل الدستورى سنة ١٩٨٠ أو عندما يكون هناك ارتباط بين نص سابق على التعديل وآخر لاحق مما يقتضى القضاء بسقوط اللاحق لعدم دستورية السابق، فإنه من الطبيعى - وحسبما رأينا - أن يكون من حق المحكمة أن تفحص النص السابق إضافة الى النص اللاحق من حيث مدى توافقه مع أحكام الشريعة، وهذا أمر طبيعى إذ لايعقل والنصان مرتبطان بمصلحة المدعى أن ترفض المحكمة قياس النص السابق وفق أحكام الشريعة ، ثم تذهب فى ذات الحكم لقياس النص اللاحق وفق تلك الأحكام ، إذ لو فعلت المحكمة ذلك لوصم حكمها بالتناقض.

وقد ضربنا فيما سلف مثالين لهذا الأمر[202].

٢ - يحدث أن القانون محل الطعن يسبق التعديل الدستورى ومن ثم لامجال لفحصه من حيث مدى اتفاقه أو اختلافه مع الشريعة الإسلامية ، إلا أن المحكمة أحيانا تشير إلى مخالفته للشريعة الإسلامية فى معرض أسبابها، ومن ضمن العديد من الأسباب الأخرى المؤدية للقضاء بعدم دستوريته ، وتغفل بالطبع عامدة الإشارة فى نهاية الأسباب إلى مخالفة النص للمادة الثانية من الدستور.

ويحضرنا هنا مثالان لتوضيح الأمر أحدهما صريح والآخر ضمنى :

(١) الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٥/١٦[203] بعدم دستورية البند (أ) من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نص عليه من حد أقصى لما يرد من الأموال «ثلاثين ألف جنيه » بغية تذويب الفوارق بين الطبقات ، حيث

ذهبت المحكمة إلى أن ذلك النص مؤداه تقليص الدور الاجتماعي للملكية والنيل من الحوافز الفردية وإهدار القيم الرفيعة التى يعلو بها قدر العمل وإعادة توزيع ناتجه، بما يحد من قدرة المواطن على الإبداع والابتكار وتحقيق نوع من المعاملة الخافضة المنافية للتقدم ويجعل التضامن الاجتماعى لغوا، وفوق هذا أكدت المحكمة على أن النص يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية .

(٢) الحكم الصادر بجلسة ١٨/٣/١٩٩٥[204] بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وذلك فيما نص عليه من ألا يعين عضو بمجلس الدولة يكون متزوجا بأجنبية.

فرغم أن المحكمة قد أسست قضاءها المذكور على المواد ٩، ١٢، ١٣، ٤٠، ٤١، ٤٥ من الدستور، فإنها لم يفتها الإشارة إلى موقف الشريعة الإسلامية عندما أكدت على أن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية، تؤكد الحق فى الحياة الخاصة بنهيها عن التلصص على الناس وتعقبهم فى عوراتهم بقوله تعالى «ولاتجسسوا»، وهى كذلك تحض على الزواج لمعان اجتماعية ونفسية ودينية باعتباره عقدا يفيد حل العشرة - على وجه التأبيد - بين الرجل والمرأة ويكفل تعاونهما . والنصوص القرآنية تدعو إليه وتصرح به، إذ هو مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها.

والمتعمق فى حكم المحكمة يشعر أنها تشير ضمنا إلى مخالفة الحظر لأحكام الشريعة الإسلامية إذ إنها لاتحظر الزواج بأجنبية.

ونرى أن هذا الاتجاه محمود من المحكمة إذا طالما أنها ستتجه أصلا الى القضاء بعدم دستورية القانون لأسباب أخرى غير مبادئ الشريعة الإسلامية فلابأس أن توضح موقف الشريعة الإسلامية كنوع من التعليم والتدريب لكل من يتطلع ويقرأ حكم المحكمة، خاصة المشرع والذى لوحظ مؤخرا حرصه فى إصدار التشريعات على ضوء مايجرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن تحديد أبعاد ومضمون أحكام الدستور إنما يتقرر فى حدود مايصدر عن هذه المحكمة من قواعد ومبادئ ، بحيث يكون الفهم المعتمد للدستور هو ذلك الفهم الذى ترسيه المحكمة الدستورية العليا[205].

٣ - استقرت المحكمة على أن الأحكام الشرعية صنفان [206] :

أولها : تلك القطعية الثبوت والدلالة ، وهذه وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لاتحتمل تأويلا أو تبديلا . ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولايجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها.

وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها.

ويكون قيام المشرع بإقرار أية قاعدة قانونية على خلافها تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة.

وهكذا يمكن القول إن اختصاص المشرع حين إذ اختصاص مقيد تحت رقابة المحكمة وأن أى قانون أو لائحة يمس بتلك الأحكام يعد - فى تقديرنا- مشبوها فى دستوريته من واجهته بحيث تنقلب

قرينة الدستورية الثابتة لصالح القوانين إلى قرينة عكسية ضد صحتها ، وعلى المشرع أو مصدر اللائحة أن يدافع عن دستوريته.

وإذا كانت فكرة القوانين المشبوهة غير معروفة فى مصر بخلاف أمريكا فقد آن أوان إقرارها صراحة على الحالة السالفة . ومن أمثلة تلك القوانين إصدار قانون يخل بأحكام المواريث الثابتة بالقرآن أو يعترف بحقوق اجتماعية لأسر الجنس الواحد.

ولم نعثر على حكم حتى الآن أثبت مخالفة لأحكام قطعية الثبوت والدلالة ربما لأن الوازع الدينى يمنع المشرع من السقوط فى هذه الهاوية.

ثانيها : الأحكام الشرعية الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو هما معا، وهى تلك التى تنحصر فيها دائرةالاجتهاد ولاتمتد لسواها ، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا، ولايعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لايجاوزها ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية ، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد العامة للشريعة ، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال[207].

وهكذا يمكن القول أن للمشرع أو مصدر اللائحة اختصاص تقديرى فى إطار الضوابط السالفة.

والسلطة التقديرية ليست سلطة مطلقة وليست بعيدة عن رقابة المحكمة، ولكن يطلب حين إذ من المحكمة أن تتمسك بالتقييد الذاتى لنفسها قدر الإمكان حال مخالفة اجتهادها لاجتهاد المشرع أو السلطة اللائحية، فلا تسعى المحكمة إلى وضع اختياراتها هى محل اختيارات مصدر القانون أو اللائحة إلا فى أضيق الحدود، وكلما تعذر ضبط اجتهاد الأخير وفق المقاصد الكلية للشريعة.

هذا وتعتبر الأحكام التى صدرت من المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية لمخالفة الشريعة الإسلامية كلها تتعلق بهذا النوع الثانى من الأحكام.

وعلى الإجمال فإن الاستئناس برأى المفتى سيكون أعم للفائدة فى كلتا الحالتين وهو ماندعو المحكمة إليه.

هوامش الباب الثالث

(1) ونص العبارة حرفيا
I have always believed that the First Amendment is the keystone of our Government, that the freedoms it guarantees provide the best insurance against destruction of all freedom.
Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 580 (1951).

(2) راجع القضية فى
485 U.S. 439 (1988).

(3) ورد بالرأى المحتج حرفيا العبارة التالية:
The majority did not address this conflict in any meaningful fashion
Lyng, 485 U.S. at 460 -61 (Brennan J., dissenting)

(4) راجع فى مفهوم الرأى المحتج ص٢٤٧ من هذه الرسالة .
(5) راجع فى التفاصيل مقالة :
Alfred J. Sciarrino , The Rehnquist Court's Free Exercise Collission on the Peyote Road, 23 Cumberland Law Review , 1993, p.319. s.

(6) قارن تحليل أحكام المحكمة الدستورية العليا المتعلقة بالشريعة الإسلامية ، ص ٢٢١ وما بعدها من هذه الرسالة.
(7) راجع القضية فى :
494 U.S. at 872 (1990).

(8) ورد بالحكم حرفيا:
We have never held that an individual's religious beliefs excuse him from compliance with an otherwise valid law prohibiting conduct that the State is free to regulate.
راجع فى ذلك قضية **Smith**
494 U.S. at 878 - 879.

(9) راجع في التفاصيل:
Alfred J. Sciarrino, Cumberland L.R., Op. .cit, p. 346 -348.

(10) يلاحظ أنه لايتصور في مصر أن تكون هناك حرية ممارسة لديانة ليست من الديانات الثلاث وتشكل الشريعة الإسلامية ضابطا متميزاً لضبط إيقاع مثل هذه الأمور، راجع فى الشريعة الإسلامية ص٢٢١ وما بعدها من هذه الرسالة .
(11) راجع في التفاصيل مقالة :
Linda R. Crane,Family Values and the Supreme Court, 25 Connecticut L.R., 1993, p. 427. s.

(12) هناك فارق جوهرى بين اختصاصات حكومة الولايات واختصاص الحكومة المركزية إذ إن الأخيرة لا تملك من السلطات إلا ما ورد به النص صراحة فى الدستور أو كان نتيجة ضرورية للسلطات المصرح بها، فى حين تملك حكومة الولايات اختصاصا تنظيميا عاما أساسه السلطة البوليسية التى هى سلطة الحد من الحرية والملكية بقصد حماية الأمن والصحة والأخلاق وتحقيق الرفاهية العامة.
راجع رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٢٣ وما ذكرناه بهذه الرسالة حول الفيدرالية.
(13) راجع القضية فى
441 U.S. 380 (1978).

(14) ينص التعديل الرابع عشر للدستور على أنه :
لا يحق لأى ولاية أن تحرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل، ولا يحق لها أن تحرم أى شخص داخل نطاق سلطاتها من المساواة فى الحماية أمام القانون.
(15) راجع القضية فى : **441 U.S. 347 (1979)** .
(16) راجع شرح الآراء الموافقة ص٤٨٧-٤٨٨من هذه الرسالة .
(17) راجع القضية فى : **491 U.S. 110 (1989).**
(18) مقارب لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء التى تقرر أن الولد للفراش.
(19) الوسائل القانونية السليمة هو تعبير عن ضرورة تحقق مستوى معين من النزاهة والعدالة فى كافة الإجراءات المؤدية إلى تطبيق القانون وذلك فى المسائل الجنائية والمدنية والإدارية على حد سواء وفى هذا المجال لايكون شرط الوسائل القانونية السليمة مانعا من تعرض السلطات العامة لحياة الأفراد وحرياتهم وممتلكاتهم ، وإنما يكون مبنيا على « الوسيلة » التى يتم بها هذا التعرض فى حدوده الموضوعية.
راجع فى ذلك رسالة د / كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٩٩٢، ٢٩٣.
(20) تقول المحكمة عن المصلحة واجبة الحماية وفق التعديل (١٤)
...it must be one traditionally protected by our society.
وورد فى وصف المصلحة المدعاة بأنها ليست

... so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.

ويلاحظ أن هذه العبارة مقتبسة حرفيا من حكم قديم للمحكمة العليا فى قضية

Snyder v. Massachusetts , 291 U.S. 97, 105 (1934).

(21) راجع مقالة :

Linda R. Crane , Family Values and the Supreme Court , Op. cit, p. 449 - 450.

(22) راجع حق الملكية فى مصر ص ١٩٤ ومابعدها من هذه الرسالة .

(23) راجع ترجمة باللغة العربية للدستور الأمريكى بنهاية كتاب قضايا دستورية ، ترجمة المستشار / ياقوت العشماوى، دار المعارف ، ١٩٨٨ ، ص ٤٩٥ ومابعدها.

(24) راجع تلك القضية فى 112 S. Ct . 1105 (1992) .

(25) تنص تلك الفقرة من الدستور على أنه « لايحق لأية ولاية أن تصبح طرفا فى أية معاهدة أو تحالف أو تصدر أى .....أو أى قانون يعطل أو يضعف التزامات التعاقد...» .

(26) راجع :

Yee v. City of Escondido, 112 S. Ct. 1522 (1992).

(27) راجع Nordlinger v. Hahn, 112 S. Ct.2326 (1992)

(28) راجع

112 S. Ct. , 2886 (1992).

(29) راجع فى التفاصيل :

Erwin Chemerinsky, is the Rehnquest Court Realy that Conservative? , 26 Creighton L.R., 1993, p. 990 .s.

(30) كانت محكمة رنكوست فى بداية عهدها قد أكدت هذا الاتجاه فى قضيتين شهيرتين خاصتين بالاستيلاء وفى الأولى انضم رنكوست إلى رأى الأغلبية الذى كتبه سكاليا وفى الثانية كتب الحكم بنفسه، وهذا يثبت أن المحكمة مع حق الملكية ولكن تنتظر القضية المناسبة. وتتلخص وقائع القضية الثانية فى أن الكنيسة التابعة لمارتن لوثر تمتلك منطقة للتنزه واللعب بجوار جندول صغير وحدث حريق بالغابة الوطنية التى تملكها الحكومة بجوار المنطقة ، ثم فى موسم الأمطار التالى حدث فيضان أدى لتهدم المبانى المملوكة للكنيسة وحينئذ أصدرت الولاية قانونا يمنع إنشاء أى مبنى بجوار الجندول لأنه سيتعرض لأخطار الفيضان ، ومن ثم لم تستطع الكنيسة بناء ماتهدم من مبانيها وغدت عديمة النفع.
ولما لجأت الكنيسة للقضاء، قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بعدم أحقيتها فى التعويض وهو الأمر الذى نقضته المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حيث قضت بضرورة التعويض عن الملك طوال فترة الحرمان منه.
راجع القضية الأولى :

Nollan v. California Coastal Commission, , 483 U.S. 825 (1987).

وراجع القضية الثانية التى عرضنا لوقائعها :

First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. Los Angeles County , 482 U.S. 304 (1987).

وقد تناولهما كتاب :

An Essential Safeguard, Op. cit., p. 150- 156.

(31) راجع فى عرض قيم لقضية براون ، رسالة د . أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ ومابعدها.

(32) راجع القضية فى : 488 U.S. 469 , 477 (1989) .

(33) راجع : Fullilove v .Klutznick , 448 U.S. 448 (198o).

(34) تنص الفقرة الخامسة من التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى على أنه : « تكون للكونجرس ، بواسطة التشريع المناسب سلطة تنفيذ نصوص هذه المادة ».

(35) وقد ورد بالحكم كما كتبته القاضية ساندرا حرفيا مايلى :

City of Richmond ignored the fact that Congress, unlike any State or political subdivision, has a specific constitutional mandate to enforce the dictates of the Fourteenth Amendment . The power to "enforce" may at times also include the power to define situations which Congress determines threaten principles of equality and to adopt prophylactic rules to deal with those situations.

راجع 488 U.S. 469,477 (1989).

(36) راجع القضية فى 111 S. Ct. 630.633 (1991) .

وفى Donald E. Lively, The Constitution and Race, Praeger, 1992, p.127.

(37) راجع فى شرح أكثر عن ال " Certiorari " ، ص ١١٧ من هذه الرسالة .

(38) راجع فى التفاصيل مقالة:

Johnathan P. Nelson, The Emergence of Decontextualization, 29 Willamette L.R., 1993, p. 684-685.

(39) ويقول القاضى مارشال حرفيا:

..in order to get beyond racism, we must first take account of race.

راجع فى ذلك مقالة

Johnathan P. Nelson, Op. cit., p. 685.

(40) ينص التعديل الرابع على أنه «لن يعتدى على حق الشعب فى أن يكون آمنا فى أشخاصه ودياره وأوراقه ومقتنياته، ضد

أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة ولن يصدر أمر باعتقال أى شخص مالم يكن هناك سبب مرجح ، يؤيده قسم أو يؤكده ، على شرط أن يوضح على الأخص المكان الذى سيجرى تفتيشه والأشخاص أو الأشياء التى ستضبط.».
- وينص التعديل الخامس على أنه « لن يجبر أى شخص على الإجابة فيما يتعلق بجريمة كبيرة أو شائنة إلا بناء على تقديم شكوى أو عريضة اتهام من هيئة المحلفين الاتهامية ..... كما أنه لن يكون أى شخص عرضه للاتهام بسبب الإساءة نفسها، مرتين ، فتتعرض حياته أو أعضاء جسده للخطر، ولن يجبر فى قضية جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه، ولن يحرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون... »
- وينص التعديل السادس على أنه « فى جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المتهم بحقه فى محاكمة سريعة علنية بواسطة محلفين غير متحيزين ينتمون إلى الولاية والناحية التى تكون الجريمة قد ارتكبت فيها، وتكون هذه الناحية قد سبق تحديدها وتعيينها بواسطة القانون. كما أنه يجب أن يبلغ بطبيعة وسبب الاتهام ، وله أن يواجه الشهود ضده وأن يحصل على التسهيلات القانونية الإرغامية لاستدعاء شهود يؤيدونه، وأن يستعين بمحامين للدفاع عنه.
- وينص التعديل الثامن على أنه « لايطلب دفع كفالات مبالغ فيها ولاتفرض غرامات زائدة عن الحد، ولاتوقع عقوبات قاسية وغير مألوفة.
- وينص التعديل (١٤) على أنه «... لايحق لأى ولاية أن تحرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الاكمل.
- راجع فى ذلك ترجمة الدستور الأمريكى ، للمستشار ياقوت العشماوى، المرجع السابق.

(41) راجع رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ومابعدها، وقارن ذلك بالحقوق الجنائية فى مصر ص ٢٠٨ومابعدها من هذه الرسالة .

(42) راجع فى التفاصيل مقالة:
Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones. The Rehnquist Court's Activism and the Risk of Injustice, 26 Connecticut Law Review, p. 62-63.

(43) راجع :
Teague v. Lane , 489 U.S. 288 (1989).
Penry v . Lynaugh , 492 U.S. 302 (1989).

(44) راجع تلك القضية فى :
494 U.S. 407 (1990).

(45) راجع :
Arizona v. Roberson, 486 U.S. 675 (1988).

(46) "IQ" هو اختصار كلمة " Intellegence Questionnaire " وهو عبارة عن تحليل لقدرات الطفل بسؤاله أسئلة معينة توضح درجة نموه العقلى (الباحث).

(47) راجع فى التفاصيل صحيفة الواشنطن بوست الأسبوعية ، العدد الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٦/١٨، الطبعة ١١.

(47) راجع القضية فى :
111 S.Ct. 1454 , 1459 (1991).

(48) راجع مقالة:
Christopher E.Smith and Avis Alexandria Jones, Op.cit., p 69 -71.

(49) راجع فى مبدأ الفصل بين السلطات ، رسالة د. أبو المجد، المرجع السابق، ص ١١٩ ومابعدها ، وراجع تطبيق للمبدأ فى مصر فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٦/٨/٣ مشار إليها بهذه الرسالة ص ٢١٤ ـ ٢١٥ .

(50) راجع :
Archibald Cox, The Court and the Constitution, Boston, Houghton Mafflin Company, 1987, p. 42-43.

(51) راجع :
Louis Fisher, American Constitutional Law, New York: McGraw-Hill, 1990, p. 217.

(52) راجع
United States v . Nixon, Op. cit.

(53) راجع فى التفاصيل :
Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers / Chicago, 1992, p. 9 .s.

(54) راجع القضية فى
478 U.S. 714 , 1986.

(55) راجع القضية فى
108 S.Ct . 2597 (1988).

(56) تنص المادة ٢/٢ من الدستور على أنه سيكون للرئيس بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين السفراء ، وغيرهم من الوزراء العموميين والقناصل، وقضاة المحكمة العليا وجميع موظفى الولايات المتحدة الآخرين الذين لم يرد هنا نص خاص بمناصبهم، والتى سيتم إنشائها بواسطة القانون، غير أن الكونجرس يمكنه أن يخول سلطة التعيين فى أمثال الوظائف الأقل من هذه أو حسبما يراه مناسبا للرئيس وحده أو لمحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات.

(57) راجع القضية فى

أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة ولن يصدر أمر باعتقال أى شخص مالم يكن هناك سبب مرجح ، يؤيده قسم أو يؤكده ، على شرط أن يوضح على الأخص المكان الذى سيجرى تفتيشه والأشخاص أو الأشياء التى ستضبط.».
- وينص التعديل الخامس على أنه « لن يجبر أى شخص على الإجابة فيما يتعلق بجريمة كبيرة أو شائنة إلا بناء على تقديم شكوى أو عريضة اتهام من هيئة المحلفين الاتهامية ..... كما أنه لن يكون أى شخص عرضه للاتهام بسبب الإساءة نفسها، مرتين ، فتتعرض حياته أو أعضاء جسده للخطر، ولن يجبر فى قضية جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه، ولن يحرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون... »
- وينص التعديل السادس على أنه « فى جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المتهم بحقه فى محاكمة سريعة علنية بواسطة محلفين غير متحيزين ينتمون إلى الولاية والناحية التى تكون الجريمة قد ارتكبت فيها، وتكون هذه الناحية قد سبق تحديدها وتعيينها بواسطة القانون. كما أنه يجب أن يبلغ بطبيعة وسبب الاتهام ، وله أن يواجه الشهود ضده وأن يحصل على التسهيلات القانونية الإرغامية لاستدعاء شهود يؤيدونه، وأن يستعين بمحامين للدفاع عنه.
- وينص التعديل الثامن على أنه « لايطلب دفع كفالات مبالغ فيها ولاتفرض غرامات زائدة عن الحد، ولاتوقع عقوبات قاسية وغير مألوفة.
- وينص التعديل (١٤) على أنه «... لايحق لأى ولاية أن تحرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل،
- راجع فى ذلك ترجمة الدستور الأمريكى ، للمستشار ياقوت العشماوى، المرجع السابق.

(41) راجع رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ومابعدها، وقارن ذلك بالحقوق الجنائية فى مصر ص ٢٠٨ومابعدها من هذه الرسالة .

(42) راجع فى التفاصيل مقالة:
Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones. The Rehnquist Court's Activism and the Risk of Injustice, 26 Connecticut Law Review, p. 62-63.

(43) راجع :
Teague v. Lane , 489 U.S. 288 (1989).
Penry v . Lynaugh , 492 U.S. 302 (1989).

(44) راجع تلك القضية فى :
494 U.S. 407 (1990).

(45) راجع :
Arizona v. Roberson, 486 U.S. 675 (1988).

(46) "IQ" " هو اختصار كلمة " Intellegence Questionnaire " وهو عبارة عن تحليل لقدرات الطفل بسؤاله أسئلة معينة توضح درجة نموه العقلى (الباحث).

(47) راجع فى التفاصيل صحيفة الواشنطن بوست الأسبوعية ، العدد الصادر بتاريخ ١٨/٦/١٩٩٠، الطبعة ١١.

(47) راجع القضية فى :
111 S.Ct. 1454 , 1459 (1991).

(48) راجع مقالة:

Christopher E.Smith and Avis Alexandria Jones, Op.cit., p 69 -71.

(49) راجع فى مبدأ الفصل بين السلطات ، رسالة د. أبو المجد، المرجع السابق، ص ١١٩ ومابعدها ، وراجع تطبيق للمبدأ فى مصر فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ٣/٨/١٩٩٦ مشار إليها بهذه الرسالة ص ٢١٤ ـ ٢١٥ .

(50) راجع :
Archibald Cox, The Court and the Constitution, Boston, Houghton Mafflin Company, 1987, p. 42-43.

(51) راجع :
Louis Fisher, American Constitutional Law, New York: McGraw-Hill, 1990, p. 217.

(52) راجع
United States v . Nixon, Op. cit.

(53) راجع فى التفاصيل :
Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers / Chicago, 1992, p. 9 .s.

(54) راجع القضية فى
478 U.S. 714 , 1986.

(55) راجع القضية فى
108 S.Ct . 2597 (1988).

(56) تنص المادة ٢/٢ من الدستور على أنه سيكون للرئيس بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين السفراء ، وغيرهم من الوزراء العموميين والقناصل، وقضاة المحكمة العليا وجميع موظفى الولايات المتحدة الآخرين الذين لم يرد هنا نص خاص بمناصبهم، والتى سيتم إنشائها بواسطة القانون، غير أن الكونجرس يمكنه أن يخول سلطة التعيين فى أمثال الوظائف الأقل من هذه أو حسبما يراه مناسبا للرئيس وحده أو لمحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات.

(57) راجع القضية فى

الاجتماع الثاني المنعقد في ١٩٧١/٦/٩.

(81) راجع التقرير القيم لهيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في القضية محل التعليق والذي أعده المستشار المساعد / عبد الوهاب عبد الرازق.

(82) راجع د. عادل خليل، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، المرجع السابق، ص١٦٠.

(83) تنص المادة (٤٧) من الدستور على أن «حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني.

(84) أشـــــار تقرير هيئة المفوضين إلى هـذه الفكرة في القضية محل التعليق إلا أن المحكمة لم تشر إليها.

(85) الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩، الجزء الرابع، ص ٢٥٦.

(86) راجع في استعراض الحكم بحث للدكتور يحيى الجمل، بعنوان «الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية، غير منشور»، ص ١٨ ومابعدها.

(87) تناولنا هذه الفكرة بالتفصيل في الباب الخامس من هذه الرسالة حال البحث عن مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا.

(88) انظر ندوة استقلال القضاء، محاضرة الأستاذ الدكتور/ أحمد كمال ابو المجد، منشورة في مجلة القضاة، عدد يناير – يونيو ١٩٩٠.

(89) انظر عرض تفصيلي لرأى الدكتور كمال أبو المجد بمذكرتيه الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ق دستورية المؤرختين ١٩٩٠/٤/٥، ١٩٩٠/٤/٢٤، بناء على طلب السيد رئيس هيئة قضايا الدولة، وهو يمثل وجهة النظر المضادة لحكم المحكمة، رغم أنه يسبق تاريخيا الحكم محل التحليل الصادر في ١٩٩٠/٥/١٩.

(90) وقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية عن هذا المعنى في حكم قديم لها أصدرته سنة ١٩١٢ في قضية **Traux V Casriy-an 1257 V.S. 312** حيث قضت المحكمة بأن:

Classification must be reasonable ... it must regard real resemblances and real differences between things and class them in accordance with the pertinence to the purpose in hand.

(91) راجع بحث د / محمود عاطف البنا، بعنوان «مفاهيم أساسية حول الحكم ببطلان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذه»، مجلة القضاة، عدد يناير – يونيو ١٩٩٠.

(92) راجع د/ عبد المنعم محفوظ، القضاء الدستوري في مصر، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٣٧٢ ومابعدها.

(93) في ذات الاتجاه، د محمد عصفور، هل تحول القضاء الدستوري الى قضاء سياسي، الوفد، ١٧يوليو ١٩٩١، حيث اعتبر أن الحكم قد تزيد وتناقض، بما يمثل نموذجا لتحول القضاء الدستوري إلى قضاء سياسي يستهدف إضفاء الشرعية على ماهو غير مشروع وغير دستوري.

(94) راجع بحث مستشار دكتور / فتحي عبد الصبور، بعنوان «الرقابة الدستورية»، جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٦ نقلا عن د/ عبد المنعم محفوظ، القضاء الدستوري في مصر، المرجع السابق، ص ٣١١.

(95) راجع د/ عادل خليل، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، المرجع السابق، ص ١٨٦–١٨٨.

(96) راجع شرح تفصيلي للأحكام التي أخذت بمعيار الأثر التمييزي وتلك النادرة التي أخذت بمعيار القصد التمييزي، د/ عادل خليل، المرجع السابق ص ١٧٦ ومابعدها.

(97) راجع مذكرة د/ كمال أبو المجد التكميلية بالرأي القانوني في شأن دستورية بعض نصوص قانون انتخاب مجلس الشعب رقم ١٦٦ لسنة ١٩٨٠، المرجع السابق، غير منشورة.

(98) راجع في هذا الرأى د/ محمد قدري حسن، الاستفتاء في النظام الدستوري المصري، ١٩٩١، ص ٨٨.

(99) ومثال الفقهاء الذين رفضوا أي وسيلة قانونية بخلاف الحكم، الدكتور سليمان الطماوي– رحمة الله عليه – إذ يقرر في تعليقه على الحكم المنشور بمجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٢، العدد الأول يونيو ١٩٩٠، ص ٢٤١ أنه «إذا كانت المادة (١٣٦) من الدستور قد استحدثت ضمانة لامقابل لها في جميع دساتير مصر السابقة، ونعنى بها عدم جواز حل مجلس الشعب إلا بعد استفتاء، فإن المادة (١٣٦) تفترض حل مجلس شكل تشكيلا سليما ومطابقا للدستور. والأعمال التحضيرية تقطع بأن الاستفتاء قد اشترط كضابط موازن لحق الحكومة في حل مجلس الشعب، لأن التجارب السابقة تقطع – بما لايدع مجالا للشك – بأن المجالس النيابية في مصر منذ دستور سنة ١٩٢٣ كانت ضحية لإساءة استعمال حق الحل من قبل الحكومة، فتقررت ضمانة الاستفتاء لإقامة نوع من التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أما الحالة التي نحن بصددها فهي مختلفة تماما، لأنها تتعلق ببطلان تشكيل المجلس في ذاته، ولايستطيع الاستفتاء الشعبي – بغير الأسلوب المقرر في الدستور – أن يصحح هذا البطلان لأن الأصل المقرر– والذي لاخلاف عليه – أن على الشعب وجميع سلطات الدولة أن تحترم الدستور، وإذا أرادت أن تخرج عليه فعليها أن تعدله أولا، أو تلغيه وتصدر دستورا جديدا، ولكنها لاتستطيع أن تخرج عليه مادام قائما ومنفذا، ولهذا فإن أي إجراء يتخذه رئيس الجمهورية تنفيذا لحكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان تشكيل مجلس الشعب لايتطلب إجراء استفتاء» ويسير في ذات الاتجاه الرافض للاستفتاء، المستشار / يحيى الرفاعي، الشعب، ١٩٩٠/٧/٣١، والدكتورة / سعاد الشرقاوي. الأهرام، ١٩٩٠/٧/٧، والأستاذة / جيهان فوزي (المحامية)، الأحرار، ١٩٩٠/٦/٢٥.

(100) راجع بحث د/ يحيى الجمل، الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية، المرجع السابق. ص ٢٣ – ٢٤.

(101) راجع في المادة (٧٤) من الدستور بتفصيل أكثر، دكتور جورجي شفيق ساري، الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة ٧٤ من الدستور، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

(102) راجع الدعوى رقم ١٤ لسنة ٨ ق «تنازع» جلسة ٧مارس ١٩٩٢، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٤٢٩.

(103) كانت المحكمة قد انتهت فى هذا الحكم إلى القضاء باختصاص قضاء القيم بالفصل فى النزاع، واعترض على ذلك د/ شفيق جورجي، الحماية القضائية فى مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة ٧٤ من الدستور ، المرجع السابق ، ص ٥٣.

(104) راجع ص ١٨٣-١٨٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(105) الدعوى رقم ٤ لسنة ١٢ ق « منازعة تنفيذ » ، جلسة ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٠، الجزء الرابع، ص ٥٢٤.

(106) راجع الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٦ق « دستورية » جلسة ١٩٨٦/٦/٢١ ، الجزء الثالث. ص ٣٥٣. وقد تناول هذه القضية بتفصيل أكبر، د/يحيى الجمل ، بحث بعنوان « الحماية القضائية للحق فى المشاركة السياسية »، المرجع السابق ، ص ١١ ومابعدها.

(107) راجع د/ محمد قدرى حسن ، الاستفتاء فى القضاء الدستورى المصرى ، بدون دار نشر، ١٩٩١ ، ص ١٣٦.

(108) بدت هذه الملاحظات العملية للباحث نتيجة اشتراكه بصفته فى الإشراف على انتخابات مجلس الشعب سنة ١٩٩٦، وانتخابات المجالس المحلية سنة ١٩٩٧.

(109) راجع فى تأثير الظروف المحيطة على قضاء المحكمة العليا ص٥١٤ -٥١٦ ومابعدها من هذه الرسالة .

(110) راجع د/ سليمان الطماوى، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٦٥.

(111) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢ قضائية « دستورية » ، جلسة ١٩٨٨/٦/١٩، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص ١٤٠.

(112) تنص المادة ٣٦ مكررا (ز) على أنه « إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسلم الأجرة أو إذا امتنع أيهما عن تسليم المستأجر مخالصة مكتوبة عما يؤديه من الأجرة كان للمستأجر أن يودع الأجرة على ذمة المؤجر فى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل إيصال من الجمعية أو يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ..... فإذا رفض المؤجر أو الوكيل تسلم المبلغ المودع خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالعرض أودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة فى دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية .... وفى حالة الإيجار بطريق المزارعة إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبة المستأجر ...... قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستأجر وأودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة فى اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية ......»

(113) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٣ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/١١/٧، الجزء الخامس المجلد الثانى، ص ٩٠.

(114) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٣/١/٢، جزء ٥/٢ ، ص ١٣١ .

(115) راجع الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٦/١٩، جزء ٥/٢ ، ص ٣٣١.

(116) ينص القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على مرتبات العاملين المصريين فى الخارج فى المادة الأولى منه على أنه :

– تفرض ضريبة على الأجور والمرتبات التى يتقاضاها عن عملهم بالخارج العاملون بالدولة والقطاع العام والعاملون بنظم أو كادرات خاصة الحاصلون على إعارة أو أجازة خاصة بدون مرتب للعمل فى الخارج .

وفى مادته الثانية على أن :

« تحدد قيمة الضريبة المنصوص عليها فى المادة السابقة على الوجه الآتى :

أ – العاملون بالدرجات الرابعة والخامسة و السادسة عشرون جنيها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.

ب – العاملون من الدرجتين الثانية والثالثة أربعون جنيها أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.

جـ – العاملون من الدرجتين مدير عام والأولى ثمانون جنيها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.

د – العاملون بالدرجات فوق مدير عام مائة وعشرون جنيها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة .

(117) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٣ لسنة ١٣ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/١٢/٦ ، الجزء السادس، ص ٨٠.

(118) راجع فى التفاصيل ، د مستشار/ إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٢٥٩ -٢٦١.

(119) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٤/٨، الجزء السادس، ص ٦٠٩.

(120) تنص المادة الثانية من قانون ضريبة الاستهلاك رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ على أنه :

-- فقرة أولى : تفرض الضريبة على السلع الواردة بالجدول المرافق لهذا القانون بالفئات الموضحة قرين كل منها.

– فقرة ثانية : ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية تعديل هذا الجدول على أن يعرض القرار على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائما، أو فى أول اجتماع له فى حالة حل المجلس أو وقف جلساته

– فقرة ثالثة : فإذا لم يقره المجلس ألغى مع اعتبار ماتم تحصيله قبل الإلغاء صحيحا .

(121) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٨ لسنة ٨ ق « دستورية » جلسة ١٩٩٦/٢/٣ – مجموعة الأحكام الصادرة منذ عام (١٩٩٦) الجزء الثانى ، هيئة المطابع الأميرية ،ص ١.

(122) راجع فى التفرقة بين التفويض التشريعي والتفويض الرئاسى ، د/ عادل عبد الرحمن خليل ، التفويض غير التشريعى فى القانون الأمريكى والمصرى « دراسة تطبيقية مقارنة »، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥، ص ٤٢٣.

(123) هذا وقد فات المحكمة الدستورية العليا أن تقضى فى القضية السالفة بسقوط قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٩ لسنة

١٩٩٠ بتعديل الجدول المرافق لقانون الضريبة على الاستهلاك لذا اضطرت فى الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٦ ق جلسة ٢٣ نوفمبر ١٩٩٦ أن تقضى بعدم دستوريته، وذلك تأسيسا على أن ذلك القرار لايعتبر من قبيل اللوائح التنفيذية التى تفصل ماورد اجمالا بالقانون، بما ليس فيه تعديل من الأحكام التى انتظمها أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وكان تعديل رئيس الجمهورية للجدول المرافق لقانون الضريبة على الاستهلاك - استنادا لنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من هذا القانون التى قضى بعدم دستوريتها - إنما يحور من بنيان الضريبة التى فرضها القانون ويغير من أحكامها من خلال تعديل نظامها وقواعد سريانها. وعليه انتهت المحكمة إلى أن القرار لمطعون عليه يكون باطلا بعد أن قام محمولا على تفويض مخالف للدستور.

(124) الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ ق دستورية، جلسة ١٩٨٨/١/٢ ، الجزء الرابع ، ص ٦٣.

(125) الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٤ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٣/٧، الجزء الخامس المجلد الأول، ص١٨٥.

(126) راجع فى ذات اتجاه المحكمة بعدم دستورية وضع حدود قصوى للتعويض أحكامها فى الدعاوى:
- رقم ٥ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨١/٥/١٦.
- رقم ١ لسنة ١ ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٣/٢.
- رقم ٨ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٣/٧، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٢٢٤ وقد أشار هذا الحكم إلى الدعوتين السالفتين عليه.
- رقم ٦٥ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٣٠٧.
وراجع فى مدح للحكم الصادر فى الدعوى ٢٦ لسنة ٤ ق دستورية سالف الذكر ، حديث يس سراج الدين وأحمد أبو الفتح، ومصطفى كامل مراد بجريدة الوفد، ١٩٩٢/٣/٢٢.

(127) الدعوى رقم ٢٣ لسنة ٩ ق دستورية ، جلسة ١٩٩١/٥/٤ ، المجلد الرابع ، ص ٣٣٥.

(128) الدعوى رقم ٥٣ لسنة ١٨ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٧/٢/١.

(129) الدعوى رقم ١٣٠ لسنة ٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٣/٢/٦، الجزء ٥/٢، ص ١٧٣.

(130) الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٣/٥/١٥ ، المجلد الخامس/٢ ، ص ٣٠٤.

(131) الدعوى رقم ٩ لسنة ١٦ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٥/٨/٥ ، الجزء الخامس مطابع، ص ١٨٧، ١٨٨، وقد قضت المحكمة فيها بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ وذلك فيما تضمنته من حظر الطعن - بغير طريق إعادة النظر- فى الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم فى شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقا لنص المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة . وقد اعتبرت المحكمة النص المقضى بعدم دستوريته منتهكا لمجموعة من المبادئ الدستورية إضافة لانتهاكه حق الملكية وهى المبادئ المنصوص عليها بالمواد ٤٠، ٦٤ ، ٦٥، ٦٨، ٦٩، ١٦٥ من الدستور . راجع فى استعراض الحكم الوفد، ٢ سبتمبر ١٩٩٥.

(132) أصدر المشرع استجابة لهذا الحكم القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بتنظيم الطعن فى الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم فى المنازعات المنصوص عليها فى المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر . راجع فى شرح هذا القانون المستشار عزيز أنيس، الأهرام، ١٩٩٧/٢/٢١.

(133) الدعوى رقم ٥ لسنة ١٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٢/١.

(134) الدعوى رقم ٣٦ لسنة ٩ق « دستورية »، جلسة ١٩٩٢/٣/١٤، ج٥/١، ص ٢٤٤.

(135) الدعوى رقم ٦٣ لسنة ١٣ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٣/٣/٢٠، ج ٥/٢، ص ٢٢٦.

(136) الدعوى رقم ١١ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٧/٣، ج ٥ مطابع ، ص ١٢٢.

(137) الدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، الجزء السادس ، ص ٥٤٢.

(138) الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/١/٤.

(139) الدعوى رقم ١١٦ لسنة ٢٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٨/٢.

(140) هناك قضايا لاتزال منظورة أمام المحكمة الدستورية العليا تتعلق ببعض أحكام قانون إيجار الأماكن وهى حسبما يقرر المستشار / رجب سليم فى مؤلفه عن المحكمة الدستورية العليا :
١ - الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه -والتى تتعلق باستمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستأجر الأصلى له لصالح أقاربه بالنسب حتى الدرجة الثالثة الذين كانوا يقيمون معه لمدة سنة سابقة على تركه العين أوشغله للمسكن أيهما أقل.
٢ - الفقرة الأولى من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والتى تتعلق باستمرار عقد إيجار المسكن عند وفاة المستأجر إذا ترك فيها أولاده أو زوجه أو أحد والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة، ونرى أن موضوع هذه القضية هو أهم مواضيع القضايا الإيجارية على وجه الإطلاق.
٣ - المادة (١٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والخاصة بانتهاء عقود التأجير لغير المصريين بقوة القانون بانتهاء المدة المحددة قانونا لإقامتهم بالبلاد.
٤ - المادة ٢ فقرة (١) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والتى تستثنى المساكن الملحقة بالمرافق والمنشآت الحكومية وغيرها من المساكن التى تشغل بسبب العمل من الخضوع لأحكام القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧.
٥ - المادة رقم ٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن عدم جواز احتجاز الشخص أكثر من مسكن فى البلد الواحد.
٦ - المادة (٨٢) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والخاصة بفرض عقوبة الحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر والغرامة التى لاتقل عن خمسمائة جنيه لمن يقوم ببيع أو تأجير الوحده أكثر من مرة .

٧ – المواد ٨، ٩ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، ١٢، ١٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والخاصة بلجان تحديد الأجرة.
٨ – المادة ٢/٢٣ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨١ والخاصة بمعاقبة المالك الذى تخلف دون مقتضى عن تسليم الوحدة فى الموعد المحدد – بعقوبة جريمة النصب وإلزامه بأن يؤدى للطرف الآخر مثلى مقدار مقدم الإيجار.
٩ – المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لتحديدها أسباب إخلاء المستأجر من الوحدة السكنية على سبيل الحصر.
– راجع فى ذلك كتاب المستشار / رجب عبد الحكيم سليم – المحكمة الدستورية العليا الكتاب الأول فى إيجار الأماكن – الطبعة الأولى ، ١٩٩٧، ص ١٥٣ ، ١٥٤.
– هذا وقد أصدرت المحكمة – حديثا – أحكاما فيما قرره سيادته بالبند رابعا وسابعا وثامنا برفض الدعوى ، وبعدم الدستورية بالنسبة للبند خامسا.
– راجع فى ذلك الدعاوى أرقام ٩٥ لسنة ١٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/١٠/٤ و١٦ لسنة ١٧ق « دستورية » جلسة ١٩٩٧/٥/٧ و٤٨ لسنة ١٨ ق « دستورية » جلسة ١٩٩٧/٩/١٥، وأهرام الاثنين ١٩٩٧/١١/١٧.

(141) تنص المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه « مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون لاينتهى عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجه أو أولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك، وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسبا أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل (فقرة أولى).
– فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى فلاينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال(فقرة ثانية).
وفى جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم حق فى الاستمرار فى شغل العين ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد (فقرة ثالثة).

(142) راجع الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٧/٦، ج ٢ ، ١٩٩٦ مطابع، ص ١٥٤.

(143) وترتيبا على هذا الحكم نرى أنه أصبح يحق للمؤجر أن يطلب من القضاء إخلاء العين المؤجرة من شاغلها بعدما تركها مستأجرها الأصلى له باعتبار أن النص الذى كان يجيز لهم الاستمرار قضى بعدم دستوريته، مالم يكن الشركاء قد حصلوا على حكم بأحقيتهم فى الاستمرار فى العين المؤجرة وممارسة النشاط الخاص بها بعد ترك المستأجر الأصلى لها.

(144) الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق « دستورية » . جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢.

(145) راجع حكم النقض فى الطعن رقم ٢٧٠٥ لسنة ٦٦ق ، نقلا عن جريدة الأهرام ، ١٩٩٧/٣/٢٧.

(146) تنص المادة ٦٠١ من القانون المدنى على أنه : لاينتهى الإيجار بموت المؤجر ولابموت المستأجر.
ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم.
– وتنص المادة ٦٠٢ من القانون المدنى .. إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد.

(147) د/ سمير تناغو، مقالة بعنوان لاتستعجلوا فى تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ ، جريدة الأهرام ١٩٩٧/٣/٢٥.

(148) مستشار . محمد عزمى البكرى ، شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قوانين الإيجارات، دار محمود للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧، هامش ص ٧.
– ويلاحظ أن رأى سيادته مشابه لرأى محكمة النقض بالنسبة للمادة (٦٠١) دون المادة (٦٠٢).

(149) فى ذات الاتجاه، راجع ، مقالة المستشار جميل قلدس بعنوان المادة (٦٠١) لاتجيز توريث عقود الإيجار ، الأهرام ، ١٩٩٧/٤/٤.

(150) د/ يحيى الجمل، مقالة بعنوان المحكمة الدستورية العليا، الأهرام ، ١٩٩٧/٣/٢٩.

(151) تنص المادة الأولى من القانون على أنه « إذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى فلاينتهى العقد بموت المستأجر ، ويستمر لصلحة الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقا للعقد . أزواجا وأقارب حتى الدرجة الثانية ، ذكورا وإناثا من قصر وبلغ ، يستوى فى ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم، واعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر هذا القانون المعدل لايستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لمصلحة المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلى دون غيره ولمرة واحدة .
وتنص المادة الثانية منه على أنه « استثناءً من أحكام الفقرة الأولى من المادة السابقة ، يستمر العقد لمصلحة من جاوزت قرابته من ورثة المستأجر المشار إليه فى تلك الفقرة الدرجة الثانية، متى كانت يده على العين فى تاريخ نشر هذا القانون تستند إلى حقه السابق فى البقاء فى العين وكان يستعملها فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقا للعقد، وينتهى العقد بقوة القانون بموته أو تركه إياها.
وتنص المادة الخامسة منه على أنه « يعمل بهذا القانون اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره فى الجريدة الرسمية عدا الفقرة الأولى من المادة الأولى منه، فيعمل بها اعتبارا من تاريخ العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه.

(152) د/ جلال إبراهيم ، مقالة بعنوان الملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ ، الأهرام ، ١٩٩٧/٥/٨.

(153) راجع المستشار/ محمد عزمى البكرى ، شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، المرجع السابق، ص ٧.

(154) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٢/١.

(155) راجع الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٤ ق « دستورية » جلسة ١٩٩٥/١/١٤، والدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٦ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٤/٦.
(156) الدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢.
(157) الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ ق دستورية، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ١٦٧.
(158) راجع – الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق ، جلسة ١٩٩٥/٧/٣.
- الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠.
- الدعوى رقم ٣١ لسنة ١٦ ق ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠.
(159)راجع الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق دستورية ،جلسة ١٩٩٥/٧/٣ ، الجزء الخامس « مطابع» ص ١٦١، ١٦٢.
(160) راجع الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ق دستورية ، جلسة ٢/٢/ ١٩٩٢ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ١٦٥.
(161) الدعوى رقم ٣١ لسنة ١٦ ق ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠، الجزء الخامس (مطابع) ، ص ١٠٥، ١٠٦.
وفي ذات الاتجاه الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ والتى قضت فيها المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الزراعة و الأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم.
(162) راجع الدعوى ٣ لسنة ١٠ قضائية « دستورية » ، جلسة ١٩٩٣/١/٢ ، الجزء الخامس المجلد الثانى ، ص ١٠٣ .
(163)راجع الدعوى ٤٩ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٦/١٥، الجزء الثانى ١٩٩٦ (مطابع)، ص ١٥١، ١٥٢.
(164) راجع الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/١٠/٥.
(165)مستشار / محمد حامد الجمل ، رئيس مجلس الدولة (السابق) ، الأهرام ، ١٩٩٦/١٠/١٢.
(166)مستشار / عبد الرحمن نصير ، نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا ، الأهرام ، ١٩٩٦/١٠/١٢.
(167)الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١٢ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢، الجزء السادس، ص ١٥٤.
(168) وقريب من ذلك ماقررته المحكمة فى حكم آخر من أن تاثيم المشرع لأفعال بذواتها حال وقوعها فى مكان معين، مؤداه ضرورة تعيين حدود هذا المكان، بما ينفى التجهيل بأبعاده، فى ذلك راجع الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/١٠/١ والمتعلقة بقانون المحميات الطبيعية وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥٠ لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر، الجزء السادس ، ص ٣٥٨.
(169) عرفت المحكمة العليا الأمريكية هذا المبدأ منذ زمن بعيد ولعل أوضح حكم أكده هو ذلك الصادر سنة ١٩٤٨ فى قضية

Winters v.New York,333 U.S. 507 (1948). حيث قضت فيه المحكمة بأن « التشريع إذا كان غامضا وغير محدد فى عبارته وفى المدلول الذى يمكن ان يفسر به بحيث يقصر عن تحديد الأعمال التى يعاقب عليها، فإنه يكون مخالفا لشرط الوسائل القانونية السليمة »، نقلا عن رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق، ص ٢٩٨.
(170) الدعوى رقم ٢٨ لسنة ١٧ق «دستورية »، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢، الجزء السادس (مطابع)، ص٨٣.
(171)لعل هذه العبارة البلاغية الرائعة ومثيلاتها تمثل ردا كافيا على من يلومون المحكمة على لجوئها لذكر بعض العبارات باللغة الأجنبية فى أحكامها، إذ هى لا تلجأ لذلك فقرا وإعناتا، إذ الثابت أنها تمسك بنواصى اللغة العربية، وإنما تفعل ذلك وحسبما سنوضحه فى الباب التالى لإثبات أن ماتقرره من مبادىء له أصوله العالمية المستقرة فى الضمير الإنسانى .

(172) راجع الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢.
(173) الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٨/٣.
(174)فى هذا المعنى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٢٢٧.
(175))راجع فى حق الدفاع د/ أحمد فتحى سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢١٣ ومابعدها ، وقد أشار سيادته بهامش ص ٢١٥ إلى أن الفقه الأجنبى يتشكك بعضه فى إضفاء قيمة دستورية على حق الدفاع فى المنازعات غير الجنائية.
(176)تنص المادة (٧١) من الدستور على أنه « يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فورا، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه وله ولغيره التظلم أمام القضاء من الإجراء الذى قيد حريته الشخصية »
هذاويلاحظ أن المادة السالفة جعلت غير المقبوض عليه صاحب مصلحة فى رفع التظلم من القبض أمام القضاء.
(177)راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ ، الجزء السادس ، ص ١٨١.
(178) الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢، الجزء السادس (مطابع) ، ص ٥٨– ٥٩ .
(179)الدعوى رقم ٦ لسنة ١٣ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، المجلد الخامس ، الجزء الأول ، ص ٣٤٤
(180) قارن حق الدفاع فى أمريكا ، رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ – ٣٠١.
(181) راجع الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ ، الجزء السادس ، ص ٧٤٨، ٧٤٩، حيث اعتبرت المحكمة النص المطعون فيه مخلا بمبدأ المساواة بين القاذفين فى حق القائم بالعمل العام وبين غيرهم دونما أسس موضوعية .
(182) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/١١/٧، الجزء الخامس المجلد الثانى ، ص ٦٨. وقد أشارت المحكمة فى الحكم الآنف إلى ضرورة تفسير النصوص العقابية تفسيرا ضيقا عندما أوضحت انه لايجوز تفسير النصوص العقابية بما يخرجها عن معناها أو مقاصدها، ولامد نطاق التجريم – وبطريق القياس – إلى أفعال لم يؤثمها المشرع، بل يتعين دوما – وكلما كان مضمونها يحتمل أكثرمن تفسير – أن يرجح القاضى من بينها مايكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية فى إطار علاقة منطقية يقيمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء فى ذلك تلك التى

أعلنها ، أو التى يمكن افتراضها عقلا.

(183) راجع الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢.

(184) صدر حكم مماثل تماما من المحكمة فى الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٧ جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ ، وقد حرصت المحكمة على تكرار ذات الأسباب ثانية ، مع أننا كنا نرى عدم الحاجة مطلقا إلى تكرار الأسباب ثانية فى الحكم الأخير إذ كان يكفى حين إذ الإشارة إلى الحكم الأول وحجية أسبابه.

(185) راجع الحكم الصادر من محكمة النقض « الدائرة الجنائية» بجلسة ١٩٩٦/١٢/١٨ ، ونظيره المعارض له الصادر من محكمة النقض الدائرة المدنية بجلسة ١٩٩٦/١٢/٢٣ - مشار إليهما تفصيلا بكتاب المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم - المحكمة الدستورية العليا، الكتاب الأول فى إيجار الأماكن، ص ١٣٨- ١٤٤.

(186) راجع الدعوى رقم ١٥٠ لسنة ٤ق « دستورية » ، جلسة ١٩٨٩/٥/٢٧، الجزء الرابع، ص ٢٤٨.

(187) من هذه الأحكام تلك الصادرة فيما يلى:

- الدعوى رقم ١٤١ لسنة ٤ ق « دستورية » جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٧) من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦ بحظر شرب الخمر.
- الدعوى رقم ٧٠ لسنة ٦ق « دستورية » بجلسة ٤ إبريل بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٢٢٢) فقرة أولى من القانون المدنى .
- الدعوى رقم ٤٦ لسنة ٧ ق دستورية بجلسة ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٧٦) من قانون الوصية.
- الدعوى رقم ١٢٥ لسنة ٦ق دستورية بجلسة ٦ يونيه سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٣٧) فقرة أولى من قانون الوصية.
- الدعوى رقم ٣٢ لسنة ١٠ق دستورية بجلسة ٤ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٣١٧) البند ثانيا من قانون العقوبات.
- الدعوى رقم ١٧ لسنة ٨ق دستورية بجلسة ٣ فبراير سنة ١٩٩٠ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٢٢٨) من القانون المدنى .
- الدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٠ ق دستورية بجلسة ١٩٩١/١/٥ بشأن الطعن بعدم دستورية المواد ٢٦٧و٢٦٩و٢٧٧ من قانون العقوبات .
- راجع فى التفاصيل ، الجزء الرابع لأحكام المحكمة الدستورية العليا، ص ٢٥٣ - ٢٥٥ .

ومن الأحكام الحديثة فى ذات الاتجاه الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٦٧ لسنة ١٧ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٩/١٩.

(188) الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١١ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٧، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٣٦٤.

(189) الدعوى رقم ٦ لسنة ٩ق دستورية ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، الجزء السادس، ص ٥٤٢.

(190) الدعوى رقم ٥ لسنة ٨ ق « دستورية » ، جلسة ١/٦/ ١٩٩٦.

(191) راجع مقالة دكتور كمال أبو المجد، المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وحق الحاضنة فى مسكن الزوجية ، جريدة الأهرام، ١٩٩٦/٢/٨.

(192) راجع الدعوى رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٣/١.

(193) الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٧ق « دستورية » جلسة ١٩٩٢/٣/٧ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص٢٠٤.

(194) راجع ص ٢٢٢ من هذه الرسالة.

(195) الدعوى رقم ٣٦ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٣/١٤ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٢٤٦.

(196) الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦، الجزء السادس، ص ٢٣١.

(197) راجع الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق « دستورية »، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤، الجزء السادس ، ص ٣٣١.

(198) الدعوى رقم ٨ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٥/١٨.

(199) لاحظ الباحث إبان حضوره لمؤتمر « دور القضاء فى حماية حقوق الإنسان المنعقد فى ديسمبر سنة ١٩٩٦ بالقاهرة ، اهتماما غير عادى من الفقه الأجنبى بهذا الحكم.

(200) المستشار سعيد العشماوى ، مجلة أكتوبر ، ١٩٩٦/١٠/١٣.

(201) الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/١١/١٦.

(202) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، الجزء السادس ، ص ٥٦٧، والدعوى رقم ٦ لسنة ٩ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ ، الجزء السادس، ص ٥٤٢، وماسبق ذكره برسالتنا ص٢٢٠، ص ٢٢٥، عن هذا الموضوع.

(203) راجع الدعوى رقم ٦٥ لسنة ٤ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٣٠٨ -٣٠٩.

(204) الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ق «دستورية» ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، الجزء السادس، ص ٥٦٧.

(205) راجع مقالة د/ عادل عمر الشريف ، حصن الشرعية الدستورية ، الأهرام ١٩٩٦/١/٣.

(206) راجع فى مفهوم الأحكام القطعية والظنية على سبيل المثال ، الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦، الجزء السادس ، ص ٢٣٧.

(207) راجع فى ذلك المعنى : الدعوى رقم ٥ لسنة ٨ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١/٦.

الباب الرابع

الحكم الدستورى ومبدأ التقييد الذاتى

تقسيم

إن الحكم الدستورى الذى قمنا بتحليله فى الباب الآنف تؤثر فى إصداره عوامل متباينة ، ولذلك فإن دراسة تلك العوامل تفصيلا يساهم إلى حد بعيد فى فهم الاتجاه الذى تذهب إليه المحكمة فى أحكامها ، ونظرا لاهتمام الفقهاء فى أمريكا دون مصر بدراسة تلك العوامل ، الأمر الذى أدى لتوافر المادة المهيئة للدراسة عن أمريكا دون مصر ، ومن ثم رأينا أن نركز على هذه العوامل فى أمريكا فقط .

ولما كان مبدأ التقييد الذاتى من العوامل الهامة التى تؤثر ولا غرو فى الحكم الدستورى إن لم تكن أهمها على الإطلاق، لذا رأينا تخصيص فصل مستقل لها سواء فى أمريكا أو مصر حيث اهتمت بها محكمتنا الدستورية .

و قبل كل ذلك رأينا أن نخصص الفصل الأول للمراحل التى يمر بها الحكم الدستورى فى أمريكا ومصر وذلك تحقيقا لاتساع الرؤية والفهم الأعمق .

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا فى هذا الباب مقسمة على النحو التالى:

الفصل الأول : المراحل التى يمر بها الحكم الدستورى .

المبحث الأول : المراحل التى يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية .

المبحث الثانى: المراحل التى يمر بهاحكم المحكمة الدستورية العليا .

الفصل الثانى : العوامل المؤثرة فى إصدار الحكم الدستورى فى أمريكا.

الفصل الثالث : مبدأ التقييد الذاتى .

المبحث الأول : عناصر مبدأ التقييد الذاتى فى أمريكا .

المبحث الثانى : ما لا يتعارض مع مبدأ التقييد الذاتى .

المبحث الثالث : مبدأ التقييد الذاتى فى مصر .

الفصل الأول

المراحل التى يمر بها الحكم الدستورى

المبحث الأول

المراحل التى يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية

إن حكم المحكمة بقبول القضية وإعطائها معاملة تامة يعنى قرارا بجدارة القضية (**Merit**).

وتلك القضية قد تقضى المحكمة فيها بالتأييد لحكم المحكمة الأدنى أو بتعديله أو إلغائه وفى الحالتين الأخيرتين عادة ما ترسل المحكمة العليا القضية للمحكمة الأدنى لإعادة فحصها ثانية وفق توجيهاتها، ويلاحظ أن الوصول إلى حكم فى قضية ما على أساس جدارتها يمر بثلاث مراحل .

١ - المرحلة الأولى : تقديم القضية للمحكمة :- فى هذه المرحلة يكون الخصوم قد سبق وأن قدموا مذكرات تؤيد وجهة نظرهم فى قبول القضية أو عدمه، ويعيد الخصوم تقديم مذكرات مكتوبة تتعلق بجدارة القضية وتكون بصورة أكثر مباشرة، وهناك قضايا كثيرة تقدم فيها مذكرات صداقة وتقدم تلك المذكرات من الأشخاص والمؤسسات المهتمة. وتلك المذكرات تتناول المسائل القانونية من وجهة نظر مقدميها ، وقد أصبحت لها شرعيتها منذ سنة ١٩٠٨ عن طريق قضية (ميللر ضد أورجن) والتى كانت تتعلق بدستورية قانون ولاية يحدد عدد ساعات عمل المرأة ، إذ إنه عندما أيدت المحكمة العليا هذا القانون فقد استندت إلى تحليل اجتماعى مطول قدمه المحامى لويس برانديز - والذى أصبح قاضيا بالمحكمة العليا بعد ذلك . وقد ساند هذا التحليل ذلك القانون .

وقد أصبحت مذكرات الصداقة التى تتناول مسائل اجتماعية تسمى مذكرة برانديز "**Brandeis brief**".

هذا وتتم المناقشة الشفوية فى القضية لإعطاء الفرصة للأطراف ليساندوا ماكتب فى مذكراتهم ويقدم ذلك فرصة للقضاة لفهم ما قد يكون قد التبس عليهم فى المذكرات .

ويحدث أن يقاطع القضاة أثناء المناقشة الشفوية تلك المناقشة والتى يحدد لها عادة ساعة لكل قضية ، ثم قد يحدث أثناء تلك المقاطعة مجادلة بين قضاة المحكمة أنفسهم كما حدث بين كلا من رنكوست ومارشال سنة ١٩٨١ عند مناقشة عقوبة الإعدام ، إذ كان رنكوست قد عبر عن رأيه فى أنه

من الأرخص أن أعدم مسجونا عن أن أسجنه لفترة طويلة و حينئذ امتعض مارشال من ذلك وقال « حسنا إنه لمن الأفضل حينئذ أن أطلق عليه الرصاص عند القبض عليه أليس كذلك!»[1] .

كما يحدث أن يختلف القضاة فى المناقشة الشفوية فى مسائل قد تكون تافهة للغاية كما حدث بالنسبة للقاضيين رنكوست و ستيفنز فى إحدى جلسات سنة ١٩٨٢ حول المركز الذى يشغله أحد لاعبى البيسبول فى فريقه [2] .

٢ – المرحلة الثانية : وهى مرحلة القرار المؤقت وتحدث بعدالمناقشة الشفوية فى القضية حيث تبدأ بمجادلة شفوية بين القضاة أنفسهم والتى تكون فى إحدى الجلسات السرية اللاحقة لمناقشة القضية ، حيث يقدم رئيس القضاة القضية ويحدد رأيه فيها ثم يلحقه أقدم الأعضاء خدمة فى المحكمة وليس فى السن – حتى أحدثهم .

وطبيعة المناقشة فى ذلك تختلف حسب طبيعة رئيس المحكمة ونمط قيادته، فنجد مثلا أن رئيس القضاة هيوز كان له سيطرة كاملة على مناقشة الحكم فى القضية وساعد ذلك على تخفيف العبء من على المحكمة حيث كان يتم التخلص من القضية والوصول لحكم فيها فى وقت سريع، بينما رئيس القضاة ستون لم يكن له نفس هذا النمط رغم أنه تلى هيوز فى رئاسة المحكمة سنة ١٩٤١ فقد كان ستون يعطى وقتا أكبر لكل قضية مما يسمح بالدخول فى التفاصيل الدقيقة، ويعيب هذه الطريقة زيادة العبء على المحكمة . وبعد أن تصل المحكمة إلى حكم مبدئى فى القضية يتم إسنادها لأحد القضاة لكتابة الحكم النهائى فيها ، وإذا كان رئيس القضاة فى صفوف الأغلبية – وهذا غالبا ما يحدث – فإنه هو الذى يقوم بتحديد القاضى المعهود بكتابة الحكم النهائى له ، وإذا كان رئيس القضاة فى جانب الأقلية فإن الذى يتولى ذلك هو أقدم القضاة خدمة فى المحكمة من صف الأغلبية.

٣ – المرحلة الثالثة : الحكم النهائى :

وتبدأ تلك المرحلة بعد تعيين القاضى سالف الذكر حيث يكتب هذا القاضى مسودة مبدئية لرأى الأغلبية والأسس المبنى عليها .

كما قد يكتب قضاة الأقلية أراءهم ، وأثناء هذه المرحلة يمكن أن تتغير وجهات نظر القضاة وعندما تكتمل هذه الآراء وتكتب يتم المداولة فيها والمفاوضة، و على القاضى المعين أن يحاول الحفاظ على الأغلبية كما قد يحاول جذب عدد من قضاة الأقلية لجانب الأغلبية .

وقد يحدث أن يفشل القاضى المعين فى إقناع الأغلبية لما ذهب اليه وحينئذ يتولى قاض آخر تلك المهمة حتى يتم الوصول إلى رأى للأغلبية والذى قد يكون مختلفا أو متفقا مع رأى الأغلبية التى عينت القاضى سالف الذكر .

وقد يحدث ألا يوجد رأى له أغلبية ، وقد انتشر ذلك فى السبعينيات والثمانينات حيث كان هناك ٧٨حكما بدون أغلبية ، مما يشكل ٥٪ من جملة القضايا التى قضت فيها المحكمة برأى كامل ومن ذلك قضية (ميرمان ضد جورجيا) سنة ١٩٧٢ والتى ألغت فيها المحكمة القوانين التى تجيز توقيع عقوبة الإعدام .

ولا شك أن القضية بدون رأى للأغلبية تكون قضية غير محظوظة لأنه لا يوجد تصريح ذو سلطة بموقف المحكمة بصدد المسألة القانونية التى تثيرها تلك القضية، ومن ثم يكون موقفها غامضا رغم

أن بعض تلك القضايا تكون هامة .

الآراء المتلاقية والمعترضة[3] "concurring and dissenting opinions"

عادة ما تكون هناك أغلبية على نحو ما أسلفنا ولكن نادرا ما تكون المحكمة مجمعة على رأى واحد، ففى دورة سنة ١٩٨٢ مثلا كان هناك أكثر من ٧٥٪ من جملة القضايا التى قضى فيها برأى كامل (معاملة تامة) تشتمل على آراء محتجة ومتلاقية .

والرأى المحتج هوالذى يخالف رأى الأغلبية فى النتيجة التى انتهى إليها فإذا ما ألغيت الإدانة مثلا فإن الرأى المحتج يؤمن بضرورة تأكيدها .

ويحدث أن تغير المحكمة من موقفها ويصبح هذا الرأى المحتج هو رأى أغلبية أعضاء المحكمة فيما بعد ، والمثال الواضح لذلك هو احتجاج القاضى بلاك فى قضية (بيتر ضد برادى) سنة ١٩٤٢ حيث كان يرى عكس ما ذهبت إليه المحكمة بأن المتهم الجنائى الفقير له الحق فى الاستعانة بمحام مجانا ، وقد غيرت المحكمة من موقفها لتتبنى وجهة نظر القاضى بلاك بعد ٢١سنة وقد كتب القاضى بلاك حين إذ رأى المحكمة. هذا وعادة ما يكون الانشقاق بطبيعة مهذبة مثل عبارة أنا انشق رغم احترامى لرأى المحكمة أو كما افتتح القاضى باول احتجاجه سنة ١٩٨٣ بعبارة «إن رأى المحكمة عالج أسئلة كثيرة أثيرت فى هذه القضية بشمولية جديرة بالاحترام»، ولكن قد تكون الطبيعة فى بعض الأحيان أقل تهذبا .

وعندما ينشق أكثر من قاض فقد يحدث اشتراكهم فى رأى واحد أو قد يفضل كل منهم كتابة رأيه منفردا.

أما الرأى المتلاقى فهو يتفق مع النتيجة التى ذهبت إليها المحكمة ولكن مع اختلاف الأسباب بينهما ، وقد يكون الاختلاف كاملا أو جزئيا .

ومثال للرأى المتلاقى قضية (الولايات المتحدة ضد بلاس) سنة ١٩٨٣ ، حيث قضت المحكمة بإلغاء الإدانة فى قضية حيازة مخدرات بالنظر لأن ضبط المخدرات كان بعد تفتيش الحقائب فى المطار ، وقد كان رأى الأغلبية أن الاحتجاز المؤقت مقبول ولا يخالف التعديل الرابع[4] للدستور ولكن المخالفة جاءت من طول فترة احتجاز الحقائب .

بينما كان رأى القاضى برينين والمتلقى مع رأى الأغلبية أن الإدانة لابد من إلغائها ولكن على أساس أن مجرد الاحتجاز المؤقت وليس طول فترته هو المخالف للتعديل الرابع من الدستور .

هذا ويحدث أن يكون ذات الرأى لأحد القضاة منشق فى جانب وملتق فى جانب آخر مثل أن يتفق مع معالجة المحكمة للقضية من جانب ولكن يحتج على بعض نواحى هذه المعالجة .

وتنتهى عملية صنع حكم المحكمة عندما تكتب جميع الآراء ويحدد القضاة أى الآراء التى ينتمون إليها ، وعند إذ يعلن الحكم بصوره علنية.

ويحدث أن يقرأ القضاة كل الآراء فى المحكمة والأغلب أن يتم ذلك بصورة مختصرة، ويحدث أن يعبر القاضى عن رأيه المحتج بصورة صارخة مثلما فعل القاضى جيمس مكرينولدز، إذ علق على مساندة المحكمة لقانون العاملة الجديدة سنة ١٩٣٥بأن « هذا هو نيرون فى أسوأ صورة لقد ضاع الدستور»[5].

المبحث الثانى

المراحل التى يمر بها حكم المحكمة الدستورية العليا

يمر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بثلاث مراحل على النحو التالى :

١ - مرحلة التحضير : وهى التى تتولاها هيئة المفوضين أمام المحكمة الدستورية العليا حيث تتولى تلك الهيئة الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات أو أوراق لتهيئة الدعوى وتأمر باستدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى ترى لزوم تحقيقها ، أو بتكليفهم تقديم مستندات أو مذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق ، وتفصل فى طلبات الإعفاء من الرسوم القضائية أو الكفالة بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب، وتبدأ إجراءات تحضير الدعوى بتبادل الردود ، حيث يتناول أطراف الدعوى الردود عقب إيداع العريضة أو إثبات قرار الإحالة على النحو الذى نظمته المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وحتى يتم الالتزام بالمواعيد التى حددتها هذه المادة نصت المادة ٣٨ على أنه «لا يجوز لقلم الكتاب أن يقبل بعد انقضاء المواعيد المبينة فى المادة ٣٧أوراقا من الخصوم ، وعليه أن يحرر محضرا يثبت فيه تاريخ تقديم هذه الأوراق و اسم مقدمها وصفته» [6].

وبعد انتهاء فترة تبادل الردود يبدأ دور المفوض فى تحضير الدعوى على النحو الذى بينته المادة ٣٩.

وبعد إتمام تهيئته الدعوى يعد المفوض [7] تقريرا يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التى يثيرها النزاع ويبدى رأيه مسببا، و يجوز لذوى الشأن أن يطلعوا على تقرير المفوض بقلم كتاب المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم .

وفى خلال أسبوع من إيداع التقرير سالف الذكر يحدد رئيس المحكمة تاريخ الجلسة التى ينظر فيها الدعوى، ويتولى قلم كتاب المحكمة إخطار ذوى الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب مسجل بعلم الوصول قبل الموعد المحدد للجلسة بخمسة عشر يوما على الأقل ما لم يأمر رئيس المحكمة فى حالة الضرورة وبناء على طلب ذوى الشأن بتقصيره إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام، على أن يعلن ذلك إلى جميع أصحاب الشأن فى الدعوى مع الإخطار بتاريخ الجلسة .

٢ - مرحلة[8] المرافعة : - القاعدة العامة أن المحكمة تفصل فى الدعوى بغير مرافعة بحسبان أن الدعوى سبق للمفوض إعدادها وأوضح رأيه فيها، إلا أنه إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع الخصوم وممثل هيئة المفوضين ، وفى هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم ، وليس للخصوم الذين لم يودع بأسمائهم مذكرات وفقا لحكم المادة (٣٧) الحق فى أن ينيبوا عنهم محاميا فى الجلسة، وللمحكمة أن ترخص لمحامى الخصوم وهيئة المفوضين فى إيداع مذكرات تكميلية فى المواعيد التى تحددها (مادة ٤٤ من قانون المحكمة).

٣ - مرحلة الحكم :- تبدأ بالمداولة فى الحكم وهى عبارة عن المناقشة التى تجرى بين أعضاء المحكمة للاتفاق على الحكم فى الدعوى ، وتخضع للأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وهى:

– السرية : وذلك لضمان الحفاظ على هيبة الأحكام بين المتقاضين وضمانا لحرية القضاء فى إبداء الرأى ، وإذا كانت المحكمة قد استمعت إلى مرافعة فى الدعوى فلا يجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة .

– إصدار الأحكام بالأغلبية : تصدر أحكام المحكمة وقراراتها من سبعة أعضاء والنصاب اللازم لإصدار الحكم هو الأغلبية المطلقة أى الأغلبية المكونة من أربعة قضاة .

ولا يثبت فى الحكم الرأى المخالف كما لا يذكر ما إذا كان الحكم قد صدر بالإجماع أم بالأغلبية ، وكنا نتمنى الأخذ بالأسلوب الأمريكى فى هذا الشأن[9].

ويتم النطق بالحكم فى الجلسة المحددة لذلك ولا يوجد ما يحول بين المحكمة وتأجيل إصدار الحكم إلى جلسة أخرى تحددها .

ويتم النطق بالحكم بتلاوة منطوقة مع أسبابه علانية ويجب حضور القضاة الذين اشتركوا فى المداولة تلاوة الحكم فإذا حدث لأحدهم مانع وجب أن يوقع على مسودة الحكم .

ونظرا للطبيعة العينية لأحكام المحكمة الدستورية ولحجيتها المطلقة فى مواجهة الكافة و بالنسبة إلى الدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها، فإنه كثيرا ما تسبب المحكمة أحكامها بالإحالة الى أحكام أخرى لها تكون قد تناولت ذات المسألة [10] الدستورية .

الفصل الثانى[1]

العوامل المؤثرة فى إصدار الحكم الدستورى فى أمريكا

تقسيم :

هناك عوامل متعددة تؤثر فى إصدار الحكم الدستورى سوف ندرسها تفصيلا فى هذا الفصل على النحو التالى :

المبحـــث الأول : طريقة التفسير الدستورى التى تنتهجها أغلبية المحكمة .

المبحث الثانــى : قيم القضاة الشخصية .

المبحث الثالــث : نص القانون محل الطعن.

المبحث الرابــع : البيئة المحيطة بالمحكمة .

المبحث الخامس : دور رئيس المحكمة .

المبحث السادس : دور قضاة المحكمة وطبيعة العلاقات بينهم .

المبحث السابــع : رأينا فى الموضوع .

المبحث الأول

طريقة التفسير الدستورى التى تنتهجها أغلبية المحكمة

تحتاج المحكمة وهى تصدر حكمها الى الوقوف على حقيقة معنى النص الدستورى حتى تتثبت مما إذا كان القانون المطعون فى دستوريته مخالفا للدستور، وتتنوع طرق التفسير على النحو التالى:

١ - المعنى الصريح "Plain meaning"

تقوم هذه الطريقة على أساس من أن المحكمة ليس لها القدرة ولا الحق فى خلق حقوق جديدة لا ينطوى عليها الدستور ، فإذا تعارض القانون مع صراحة النص الدستورى فلابد من القضاء بعدم دستورية الأول .

ويعاب على هذه الطريقة أن اللغة الإنجليزية ليست ذات معان حاسمة ، والكلمة وفق الظاهر من القاموس تعنى أكثر من معنى ، بل إن هناك الكثير من كلمات الأضداد وهى الكلمة التى تعنى معنيين عكس بعضهما، كما يعاب أيضا على هذه الطريقة أن واضعى الوثيقة الدستورية والتعديلات قصدوا أن تكون المعانى واسعة و ذلك حتى تستوعب التغييرات التى سوف تحدث فى المستقبل .

وطريقة المعنى المباشر مقتضاها أنه مثلا بالنسبة لالتزامات المتعاقدين المحمية دستوريا بالفقرة العاشرة من المادة الأولى ، فإنه يجب على المحكمة أن تقضى بعدم دستورية أى قانون يعطلها أو يضعف منها .

ويلاحظ أن المحكمة لم تنتهج هذا المنهج بالنسبة لالتزامات المتعاقدين ، إذ لم تقض بعدم دستورية تلك القوانين التى تحد من المكاسب التى حصل عليها أحد الأطراف المتعاقدة طالما كان لها أساس منطقى، إذ وظف القاضى هيوز المنطق الدائرى لمنع البيع بالجملة للمنازل المرهونة منعا من بخس أثمانها .

بل حدث واشتقت المحكمة من الدستور حقوقا غير منصوص عليها صراحة مثل حق الخصوصية مثلا [11]

٢ - القصد الأصلى لواضعى الدستور.

يسمى المؤمنون بهذا المذهب أنفسهم بأسماء متعددة مثل المفسرين الصارمين أو البنائين الصارمين ويطلق عليهم بالانجليزية "strict interpretivists أو constructionists" وينصب جل اهتمامهم على قصد هؤلاء الذين تبنوا الدستور وذلك بالاعتماد على كتاباتهم وأقوالهم وخلافاتهم .

و يؤمن أنصار هذه الطريقة بأن القصد المذكور هو المصدر الوحيد الذى يجب التعويل عليه فى التفسير الدستورى ، ومن ثم فإن الاختيار القضائى فى مسألة ما يجب أن يقوم على أساس ما كان يعتقده واضعو الدستور فى تلك المسأله ويعيب هذه النظرية ما يلى :

أ- إن تلك النظرية تفترض إمكان كتابة التاريخ بموضوعية رغم أن الماضى عادة ما يختلط بالإبهام والغموض .

وكل ما يمكن استخلاصه من الماضى هو أن واضعى الدستور كانوا مختلفين حول النصوص الدستورية ومعانيها لذا قصدوا إلى وضعها بصورة فضفاضة تخفى هذا الخلاف.

ب - يظهر من تفاصيل [12] طريقة وضع الدستور عدم تمثيل قطاعات كبيرة من الشعب إضافة إلى أن مؤتمر فيلا دلفيا الذى وضع مشروع الدستور سنة ١٧٨٧ قد خلف سجلا غير واضح ولا يصلح للاعتماد عليه. وإذا كنت ملاحظات جيمس ماديسون مفيدة فى هذا الشأن إلا أنها لم تنشر إلا بعد فترة طويلة جدا من الدستور ، وذلك فى سنة ١٨٤٠ كما أن مؤتمرات التصديق بالولايات سجلها مشوب بالغموض أيضا رغم أنها اعتبرت أهم من مؤتمر فيلاديفيا إذ أكد جيمس ماديسون أنه لا يجب التركيز على قصد هؤلاء الذين اجتمعوا فى مؤتمر فيلادلفيا واقترحوا الدستور ولكن يجب أن نضع جل الاهتمام على هؤلاء الذين قبلوه وصدقوا[13] عليه .

ورغم ذلك وجد من له رأى مخالف ويرى ضرورة التركيز على قصد المجتمعين فى مؤتمر فيلادلفيا رغم حقيقة أن هؤلاء لم يكن لهم أى قصد بالنسبة لوثيقة الحقوق وهى التعديلات العشر الأولى للدستور وهى الشق الأهم منه - فى اعتقادنا- لتعلقها بالحريات والحقوق الشخصية ، وهنا يجب الرجوع إلى خصوم الفيدرالية والدستور بصفة عامة، والذين كانوا الأكثر نشاطا فى طلب الحريات

المدنية. ويلاحظ أن هاملتون وهو من قادة الفيدرالية قد انتقد تلك الوثيقة فى أوراق الفيدرالست الورقة رقم ٨٤ .

جـ – القصد درجات ومن الصعب التوصل إلى حقيقته ، إذ من الصعب معرفة ما إذا كان مقترحو الدستور والمصدقون عليه قد قصدوا حقيقة تحقيق مصالحهم الذاتية أم سن مبادئ سامية أم كان قصدهم مختلطا .

وعلى سبيل المثال نجد أنه بالنسبة للتعديل الأول المتعلق بالدين فقد تنوعت أهداف من قرروه على النحو التالى :

١ – ضمان عدم التأثير الدينى على الحكومة ككل .

٢ – ضمان عدم التدخل الفيدرالى فى ديانة الولايات .

٣ – ضمان من الإعاقة الرسمية لتعدد الديانات.

٤ – محاولة وضع حائط وفاصل بين الدولة والكنيسة.

د – حتى فى حالة إمكانية تبين قصد أصلى فإنه قد لا يصلح البتة وقت تطبيق النص وفى المستقبل .

فمثلا حال وضع التعديل الرابع عشر المتعلق بالحماية المتساوية ، لم يكن قصد واضعيه وقتها تحريم التفرقة فى المدارس العامة ، بل ساد فقه الفصل مع المساواة ، وكانت توجد صور شديدة للتفرقة حتى فى الشمال الأمريكى المناهض لها ، ولكن مع مرور الوقت والتطور زال فقه الفصل مع المساواة ، بل زالت الفكرة القديمة التى كانت تقرر أن الطفل يمكنه الحصول على فرصته فى الحياه دون حصوله على فرصته فى التعليم وهو ما أكدته المحكمة العليا فى قضية براون سنة ١٩٥٤، كما أن الواقع التقنى أدى لوجود مسائل حديثة لم يتصورها الصائغون مثل التجسس والذى أثير حوله التساؤل عما إذا كان يشمله التعديل الرابع الذى يحظر أعمال التفتيش غير المعقولة .

وهكذا نجد أن الاعتماد على القصد الأصلى لا محل له بالنسبة لكثير من القواعد الدستورية التى تطورت بصورة أكبر من توقعات الذين وضعوا الدستور، بل وجدت نصوص ، فقدت قيمتها تماما مثل التعديل الثالث الذى يتكلم عن إيواء الجنود وقت الحرب [14] ، [15] .

كما أن الاعتماد على القصد الأصلى لا محل له بالنسبة للنصوص الفضفاضة كفقرة الإجراء الواجب قانونا والتى رأى فرانكفورتر أنها حدث حى غير مقيد بإطار دائم من القيود والأسس المتعلقة بالحقوق الأساسية .

ونرى أنه إذا كان للقصد الأصلى من فضيلة فهى فى احترام القضاة لقصد واضعى الدستور والمصدقين عليه إذ إنهم أقسموا على ذلك ، مع ملاحظة أن المبالغة فى الأمر تفرغ الدستور من حيويته، ومن ثم على القضاة التوسط فى الأمر.

٣ - الحرفية Textualism

يظهر من الاسم أن أصحاب هذا المذهب فى التفسير يؤمنون بالاعتماد على النصوص الدستورية كمصدر أولى ووحيد للمعانى ، وهكذا فإن المعنى المباشر للدستور يسود[16] ما لم يتداخل ويتناقض

مع النص نص دستورى آخر أو يقود البناء الصارم للنص إلى اللا معقول أو الغموض .

وهناك فريق فى هذا المذهب أقل تشددا ، يرى أن القاضى عليه أن يفسر النص الدستورى على أساس من المبدأ المستنتج بعدالة منه رغم أن ما يستنتج قد لا يكون له أية علاقة بضمير وتخيل مؤسسى الدستور، وإذا كانت هناك نصوص تدعو لذلك الاختيار الآنف فإن هناك نصوصا تمنع ذلك ، وفى تلك النصوص الأخيرة ذات الطبيعة الواضحة لا داعى للاستعانة بأية مصادر أخرى فى التفسير إذ يكفى صراحة النص.

وبالنسبة لعقوبة الإعدام مثلا فإنه رغم أن التعديل الثامن يحرم العقوبات الوحشية والقاسية ، إلا أن أصحاب مبدأ الحرفية - وهم قريبون لحد كبير من القصد الأصلى - يرون أن وقت وضع ذلك التعديل سنة ١٧٩١ كانت هذه العقوبة موجودة وظلت بعدها ، وكذلك يرى أصحاب هذا الفكر أن عدد المحلفين الذى لابد وأن تجرى المحاكمة الجنائية بمعرفتهم يقصد به اثنى عشر محلفا لأن هذا هو العدد الذى كان موجودا وقت التعديل .

ومن أقوى المؤيدين للفكر الحرفى القاضى والمرشح السابق للمحكمة العليا **"Robert Bork"**، إذ يرى سيادته أن هناك مجالات يجب ألا تسيطر عليها الأغلبية وتترك لحرية الأفراد ويحدث طغيان الأقلية إذا حرمت الأغلبية من التحكم فى المجالات المؤهلة لها، والحكم فى هذا الأمر مرده للمحكمة العليا حال قيامها بتفسير الدستور على النزاعات ، ويضيف بورك أن المجتمع وافق على أن يحكم بصورة غير ديمقراطية فى مجالات محددة بواسطة مبادئ صلبة وصعبة مؤسسة بالدستور خلافا لإرادة الأغلبية .

والمحكمة العليا ليست ذات سلطة مطلقة ، وإنما عليها أن تقرر الشرعية التى تملكها - وليست تلك التى لا تملكها- ، وهى تلك التى تستطيع أن تظهرها فى صورة أسباب مقبولة ومعقولة، والشرعية المذكورة تستمد من الدستور ، وهى لا تجيز للمحكمة التصرف حسب ميولها وأهوائها ، وإلا عد ذلك انتهاكا للدستور مؤديا للطغيان سواء كان هذا الطغيان لصالح الأغلبية أوالأقلية .

وهكذا يرى بورك أن على المحكمة أن تظل مرتبطة بالنص الدستورى وتاريخه والتطبيقات العادلة له وألا تؤسس حقوقا جديدة . ولذا رأى أن من حق المحاكم تنفيذ العقود التى تنطوى على عنصرية رغم وجود فقرة الحماية المتساوية ، وأن حرية التعبير المحمية بالتعديل الأول لا تشمل أيا من التعبيرات العلمية والأدبية والفنية وإنما تقتصر على التعبير السياسى الذى لا ينطوى على الدعوة إلى تغيير الحكومة بالقوة .

ولقد كانت هذه الآراء هى السبب فى إفشال ترشيح بورك للمحكمة العليا - كما أسلفنا- [17].

ومن الحرفيين أيضا - وإلى حد ما- القاضى هيوجوبلاك والذى كان مؤمنا بحرية التعبير واندماج التعديل الرابع عشر فى وثيقة الحقوق بمعنى أن هذا التعديل يؤدى إلى تطبيق التعديلات العشر الأولى أيضا على الولايات ، ويرى بلاك أن تأسيس حقوق من خارج الوثيقة الدستورية أمر خطير على الحرية الأمريكية وأن على المحكمة أن تقرأ الدستور بطريقة مباشرة و تعطى اهتماما كبيرا لكلماته ولا تحرف أو تغير من معانيه حتى يضمن موضوعية النتائج ولا يحدث الطغيان . وقد خشى بلاك من إعادة كتابة الدستور بحجة تفسيره، واعترض على وجهة النظر التى ترى أن المحكمة العليا ستصل إلى حلول للمشاكل أسرع وأفضل من المشرع والسلطة التنفيذية .

وتتشابه مع بلاك أفكار القاضى سكاليا والذى رأى أن الكثير من الأحكام القضائية لا تكون على أساس مما عناه الدستور أصلا ولكن على أساس مما يفضل القضاة أن يعنيه الدستور .

وقد اتفق سيادتهما فى الحلول المقترحة،ألا وهى التمسك – قدر الإمكان – بالمعنى الصريح للنص الدستورى فإن كان غامضا فيجب الرجوع للمعنى الأصلى. و أكد بلاك أن التوازن بين المصالح الحكومية والحقوق الشخصية لا يحققه قضاة اليوم ، إذ كان التنازع بينهما تحت مرأى واضعى الدستور، لذا وضعوا الدستور محققا التوازن ، ومن ثم يجب الاهتمام بكل كلمة من كلمات الدستور وأن يضع القضاة أنفسهم – حال تفسير الدستور – فى ذات ظروف الرجال الذين وضعوا الدستور .

وفى العديد من المجالات اتفق سيادتهما – نظرا لتقارب أفكارهما، فرفض كلاهما تطبيق مبدأ الإجراء الواجب قانونا فى المجال الاقتصادى بحسبانه سيمكن المحكمة من القضاء بعدم دستورية قوانين ، لا على أساس انتهاكها للدستور ، ولكن لأنها ستعد من وجهة نظر القضاة غير ذات معنى وغير عادلة وتحكمية .

كما رفض كلاهما الإجراء الواجب فى المجال غير الاقتصادى كحق الخصوصية، ورأى سكاليا [18] أن الإجابة على الأسئلة المتعلقة بحق الخصوصية لا يجب أن يكــون عن طريق الفرع القضائى ولكن عن طريق الفرع السياسى و إلا سوف تتعرض المحكمة العليا للأذى لما سوف تستقبله من ضغوط شعبية من المعتاد أن يتعرض لها الساسة بينما هى بحكم تكوينها غير مهيأة لذلك .

ونرى أن الحرفية الجامدة تطبيقاتها محدودة فى القضايا الدستورية بالنظر للتطور الذى ينجم مع مرور الوقت ، ولم يعد الفكر الحرفى الجامد يصلح إلا لتفسير الأمور التى لم تتطور أما تلك المتطورة فلا يناسبها إلا وسائل التفسير المرنة، ومثال ذلك: التعديل الأول «حرية التعبير والصحافة »، التعديل الرابع «التفتيش والقبض غير المعقولين » ، التعديل الرابع عشر «الإجراء المشروع والحماية المتساوية».

٤ - السوابق، وتسمى: "Precedent أو Stare Decisis"

وهى وسيلة أقرب إلى فكر الحرفية بالنظر لأن الحرفيين يدعون للتمسك بتطبيقات النص الدستورى، والسوابق إما أن تكون دستورية أو غير دستورية أى فى مجال النصوص القانونية ، وتلك الأخيرة لا تهتم المحكمة بتنقيحها قدر اهتمامها بالأولى ، وذلك لأن الكونجرس يظل بيده زمام تغيير السوابق غير الدستورية بوضع نصوص جديدة معاكسة . أما السوابق الدستورية فإنه لا يمكن تغييرها بغير إرادة المحكمة العليا إلا عن طريق التعديل الدستورى وهوالأمر الذى يندر حدوثه إذ لم يحدث سوى أربع مرات فحسب حتى تاريخه .

ويقول القاضى سكاليا إن القاضى قد يجد نفسه مكرها على تطبيق السابقة إلا أنه لا يفعل لما يكتشف حقيقة الأمر وهو أن الدستور هوالذى أقسم على مساندته والدفاع عنه .

وتحاول المحكمة ألا تعدل عن سوابقها إلا حال الاضطرار ، لذا درجت على تجنب العدول عنها عن طريق أحد الأمرين[19] الآتيين:

الأول : هو طريق الأسباب العرضية "Obiter dicta" ، بأن تقرر المحكمة بأن ما ورد بالسابقة من أسباب لم يكن جوهريا للحكم ومن ثم لا يحوز الحجية وليس له أى قيمة كسابقة .

الثانى : التقرير بأن الوقائع فى السابقة مختلفة عن الوقائع فى القضية المعروضة عليها ومن ثم تستطيع حينئذ أن تقرر حكما جديدا ، دون العدول عن السابقة، والمثال الواضح لذلك هو ما قررته المحكمة فى قضية سنة ١٩٨٣ من أن سجن الجنوبى داكوتا لمدى الحياه وبدون كفالة لارتكابه سابع جناية غير عنيفه يشكل عقوبة قاسية وغير عادية مما يتعارض مع التعديل الثامن للدستور ، فى حين أن المحكمة قبل ذلك الحكم بثلاث سنوات كانت قد وصلت لنتيجة مغايرة، وقد بررت المحكمة التناقض بحجة أنه فى الواقعة السابقة كان هناك كفالة. وقد كتب رأى الأربعة المخالفين رئيس القضاة بيرجر مقررا أن حكم اليوم لا يمكن إرجاعه لأساس منطقى بالمقارنة بالحكم السابق[20] .

وصفوة القول أن المحكمة إذا لم تستطع الإبقاء على السابقة استنادا إلى الأسباب العرضية من ناحية أو التقرير باختلاف الوقائع من ناحية أخرى ، فإنها عادة ما تنتقل إلى مرحلة العدول عن السابقة والتى تبدأ أولا بمحاولة الحد منها وتنتهى بالعدول الصريح عنها وذلك على التفصيل الآتى :-

أ - الحد من السابقة :-

وذلك كما حدث بالنسبة لقضايا الضرائب ، حيث قررت المحكمة بداية أن الطعن على أهداف الإنفاق الحكومى غير مقبول بالنظر لأن رافع القضية يستوى فى مركزه القانونى مع الملايين من دافعى الضريبة ولا يمكن تمييز مصلحة خاصة له مختلفة عن مصلحة الباقين ، ومن ثم فإن الضرر الذى أصابه هو ضرر غير مباشر [21] ، ويجب للطعن أمام المحاكم الفيدرالية أن يكون الضرر مباشرا . و بعد ٤٥سنة قررت المحكمة وضع استثناء على هذا المبدأ الصريح لما قضت[22] بأنه إذا رفع الطعن استنادا لتجاوز الحدود الدستورية التى تمكن الكونجرس من فرض الضرائب وإنفاق النقود فإنه يقبل استنادا إلى الحق فى اللجوء للقضاء المنصوص عليه بالتعديل الأول من الدستور.

وفى قضية **Roe** سنة ١٩٧٣ قضت المحكمة العليا بحق المرأة غير المقيد فى الإجهاض خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل ثم عادت وقيدت الأمر نسبيا، لما قضت بعد ذلك بأن الحق فى الإجهاض ثابت للمرأة وليس للحكومة التدخل فى الأمر بصورة غير مشروعة أو بدون مراعاة الإجراء الواجب قانونا "**due process**"، وهكذا أشارت المحكمة إلى إمكان التدخل المشروع بمراعاة الإجراء الواجب قانونا وهذا نوع من التقييد لسابقة **Roe**.

ب - الإلغاء الصريح للسابقة :

يكون هذا الإلغاء عندما لا تجد المحكمة وسيلة أخرى لتجنبه ، وإن حدث فإنه حينئذ يتم بصيغة واضحة ، ووفق أحد الإحصاءات فقد تم إلغاء (١٠٥) سابقة فى الفترة من ١٩٥٣ إلى ١٩٩٠ منهم ٧٢ سابقة دستورية والباقى فى المجال غير الدستورى .

ومثال ذلك : أنه فى سنة ١٩٦١[23] قضت المحكمة بأنه لا يجوز الإدانة على أساس دليل تم الحصول عليه من قبض أو تفتيش غير مشروعين وعلى ذلك يعدل عن سابقة المحكمة سنة ١٩٤٩ والتى سمحت فيها المحكمة لموظفى الولاية بالاعتداد بالدليل غير المشروع .

والخلاصة أنه لا يوجد قاض يكتب من فراغ فلا شك من أنه يعود إلى الماضى والذى يشمل الأحكام السابقة والميراث الفقهى ، وكل حركة أو أمر هام فى التاريخ الأمريكى أنتج غالبا قضية رائدة أدلت فيها المحكمة بدلوها ، ومن ثم كان بديهيا النظر فى السوابق .

ومن القضاة من يشتد إيمانه بالسوابق القضائية وتؤثر بشدة فى حكمه مثل كاردوزو ، إذ كان يرى أن القاعدة التى حكمت النزاعات السابقة يجب أن تحكم النزاعات التالية .

كما رأى القاضى ويت [24] أن السوابق القضائية هى الأساس إذا رغب فى اتفاق الأحكام القضائية مع القانون ، وعندما يطلق أمر التقدير مطلقا للقضاة، فعندئذ يغدو الحكم مجرد ممارسة للإرادة القضائية المتحكمة والحلول غير المتوقعة .

ويلاحظ أنه في الحقبة الأخيرة أصبحت السوابق سريعة الإلغاء فيمكن إلغاء سوابق لا يزيد عمرها بحال عن ثلاث أو أربع سنوات، ولاحظ أحد المراقبين أنه لو كانت الأغلبية فى محكمة وارن أو بيرجر تعتقد أن هناك مبدأ قد تقرر فى سابقة على سبيل الخطأ فإنها سوف تعدل عن هذه السابقة دون تردد [25] .

٥ - القيم الأساسية :

يعتبر البعض أن الرجوع الى القيم الأساسية هو أوسع طرق التفسير بحسبانه دعوة للنشاط القضائى .

ومرجع هذا الرأى إلى أن القيم الأساسية تسمح للقضاة بتفسير النص استنادا إلى تطبيقاته الدستورية «السوابق» ، والمبادئ الأساسية والقانون الطبيعى والأعراف الوطنية والقيم المثالية .

وتوجد فقرات دستورية مثل الإجراء الواجب قانونا تدعو المحكمة الى وضع تخومها وحدودها ، وهنا تكون المحكمة هى الخالقة والواضعة لتلك القاعدة الدستورية ، وهناك فقرات تدعو لتدخل أقل مثل القبض والتفتيش غير المعقولين ، إذ فيها يكون دور المحكمة رسم تخوم أقل من سابقتها ، إذ تدعو *تلك القاعدة لمنع الاقتحام الحكومى للأشخاص والأوراق والديار* دونما سبب مبرر ، وقد استخدمت المحكمة هذه الوسيلة من التفسير باقتدار بالغ وأدت دورها الدستورى على أكمل وجه عدا فى بعض فترات الردة مثل فترة المواجهة مع روزفلت بشأن الحقوق الاقتصادية .

٦ - هدف النص الدستورى وقت تطبيقه .

يذهب أنصار هذا الطريق إلى ضرورة مراعاة الوقت الذى يطبق فيه النص الدستورى حال تفسيره .

ويؤسس هذا الطريق على ركيزة من العيوب الكثيرة التى تظهر من التمسك بالقصد الأصلى ، إذ لا يمكن التوصل إلى حقيقة القصد لجماعة من الناس أمثال أولئك الذين وضعوا الدستور لاختلاف أهوائهم وأمزجتهم ولندرة الوثائق التى ترشد إليه ،إذ إن أوراق الفيدرالست التى يعتمد عليها فى الوصول لهذا القصد فى حقيقتها نوع من الدعاية السياسية.

ورأى القاضى برينن[26] أنه لا يوجد قصد لواضعى الدستور فى معظم المشاكل المعاصرة ، وقد اختلف الصائغون فيما بينهم أشد الاختلاف الأمرالذى حدا بهم إلى وضع نصوص الدستور بصورة فضفاضة تختفى تحت عباءتها خلافاتهم .

وإذا كانت الحماية المتساوية لم يقصد بها أن تنطبق على المرأة ، إلا أن الملاحظ أن المحكمة العليا لم تلتزم بذلك .

وهكذا فإن الدعوة نحو الرجوع لقيم تاريخ وضع الدستور تؤدى حقيقة إلى التعمية والجهل

بالتطور الاجتماعى ، وتؤدى الى عدم المواءمة مع الظروف الاجتماعية، مثل ذلك الذى حدث فى قضية **Olmstead v. United States** والتى أعلن فيها رئيس القضاة **"Taft"** أن الحماية الدستورية المفروضة بالتعديل الرابع ضد القبض والتفتيش غير المبررين لا تنطبق على التسجيلات التليفونية لأن هذا النشاط لا يدخل فى معنى التعديل الرابع وعليه فهو نشاط غير محرم.

وعلى عكس ذلك يؤمن الهدفيون بأن الأسئلة الجديدة لا يجب الإجابة عليها بالبحث فى قصد واضعى الدستور وإنما بالبحث فى النتائج العملية التى يخشى منها المشرع الدستورى ، فلما كانت التسجيلات قصد منها إقامة دليل بدون أمر تفتيش فمن ثم فإن الأمر يكون غير مشروع لتهديده للخصوصية الشخصية المحمية بالتعديل الرابع .

وهكذا لا يجوز البتة التقيد بقصد المشرع وقت وضع النص لما سلف ، إضافة الى أن القصد الحقيقى للمشرع – وليس الظاهرى – هو وضع عبارات فضفاضة تسمح باستيعاب صور التطور المختلفة وتدعو للاجتهاد المستقبلى فى الأمر ، ومثال ذلك تحريم العقوبات الوحشية والقاسية وفقرة الإجراء المشروع والحماية المتساوية .

والتفسير الهدفى للنص الدستورى – حقا – هو الذى يحقق القصد المستهدف للمشرع الدستورى والذى يضع الإطار و الفكر العام ويترك التطبيقات لظروف الحال والتطور ، ويمكن تشبيه المشرع الدستورى بالأب الذى يوصى أبناءه بضرورة مراعاة العدالة فى سلوكهم ، و بالطبع فإن الأب فى ذهنه أمثلة تطبيقية وعملية للحالات الظالمة إلا أنه لا يقبل بالطبع أن يتقيد مفهوم الظلم بتلك الأمثلة فحسب وذلك للأمرين الآتيين [27]:

أولهما : رغبته فى تربية الأطفال على قدرة الخلق والابتكار و لمواجهة المواقف التى لم يتخيلها هو أو لا قدرة له على تخيلها .

ثانيهما : تقبل الأب لفكرة التصحيح للمفاهيم والمعتقدات التى فى خاطره إذا ما اقنعه أحد أطفاله بأن سلوكا يعتقده عادلا لا يعد كذلك أو العكس . فإذا حدث أى من هذين الأمرين فلازالت تعليمات الأب محل احترام ولم تتغير .

وهكذا يحث الأب أبناءه حقيقة على الالتزام بفكرة العدالة **concept of fairness** وليس بصور العدالة التى فى خاطره **conception of fairness**. ونرى أن أنسب وسائل التفسير الدستورى فى أمريكا – وفى مصر [28] أيضا– هو ألا يحصر القاضى نفسه داخل تخوم مذهب تفسيرى معين وإنما عليه أن يداخل ويزاوج بين مذاهب أو طرق التفسير كلما أمكن ذلك ، وحسبما يقتضيه واقع الحال الماثل أمامه .

ونرى أنه إذا كان المعنى المباشر يصلح للأخذ به فعلى القاضى أن يلتزمه ومثال ذلك تمثيل كل ولاية فى مجلس الشيوخ بشيخين (مادة ٣/١من الدستور) أو وضع حد أدنى لسن رئيس الولايات المتحدة (م٥/٢)، وإذا كان ذلك المعنى المباشرغير قائم فعلى القاضى أن ينتقل إلى السوابق القضائية المفسرة للنص فإن لم يجدها أو وجدها ولكن اكتشف عدم تناسبها أو الحاجة إلى تغييرها وهجرها، فهنا عليه أن ينتقل إلى محاولة تفسير النص وفق قصد واضعيه أولا ، وهنا يجب استخدام أقصى درجات المرونة والفهم إذ إن القصد درجات – حسبما أسلفنا – ويجب محاولة التوصل إلى القصد الضمنى إذا صعب التوصل للقصد الأصلى ، وذلك ما رآه الرئيس لنكولن حال تعليقه على حكم المحكمة فى قضية العبد

دردسكوت ، إذ رأى أن حكم المحكمة العليا برئاسة تانى بأن انتقال العبد إلى إقليم حرلا ينهى عبوديته قد أخطأ بأن أغفل القصد الضمنى لواضعى الدستور ، المتعلق بالعمل على تطوير المساواة بين المواطنين وإنهاء العبودية وذلك حسبما تسمح به الظروف .

وهكذا كان يجب النظر إلى الهدف الذى سعى إليه واضعو الدستور وليس إلى تطبيقهم هم لهذا الدستور ، فالعبرة بالمبادئ الضمنية المشتقة من النص وليس بما يمكن ظهوره من تحليل ممارستهم.

ويجب تفهم أن غموض الكثير من العبارات الدستورية لم يكن عن خطأ ولكن عن عمد حتى تكون هذه العبارات مليئة بالمعانى ومخزنا يمكن النهل منه لصالح الأجيال المستقبلة .

وإذا راعى القاضى الطرق المذكورة فى التفسير بما يتلائم مع ظروف الحال فهو واصل لا محالة إلى الحكم العادل المتوقع.

وإذا كان قضاة المحكمة العليا يختلفون فيما بينهم كبشر ، وهو أمر طبيعى إلا أنه فى إطار من العمل المشترك بينهم فإنه يمكن تحقيق نوع من الثبات والاستقرار للتفسير الدستورى .

المبحث الثانى

قيم القضاة الشخصية

نظرا لأن قضاة المحكمة العليا عادة لا رغبة لهم فى الوصول لمناصب سياسية ،ولأن مناصبهم دائمة ومن ثم لا يخضعون لمبدأ المسئولية الانتخابية ، ولأن أحكام المحكمة نهائية ، فإن الوسائل الفنية فى التفسير المذكورة فى المبحث الأول والتى يستخدمها قضاة المحكمة للوصول إلى قضاء فى الأمر لا ينال من حقيقة أن الأمر مرجعه نهاية إلى القيم الشخصية التى يؤمنون بها ، وذلك فى إطار من تقدير وقائع القضية ، وما تلك الوسائل والطرق إلا من قبيل الفنيات التى يصوغ بها القضاة قيمهم الشخصية ، أو على أقل تقدير فإن القضاة ينتمون إلى طريق أو وسيلة من هذه الوسائل استنادا إلى قيمهم الشخصية .

وفى أى من الحالتين يظهر جليا أن قيم القضاة الشخصية هى الأساس فى تحديد الحكم الذى تصدره المحكمة وهى تتأثر كثيرا بالمذهب الدينى فقد يفسر رأى القاضى فى بعض الأحيان بالنظر لأنه كاثوليكى[29].

ويلاحظ وكما قال بنيامين كاردوزو والذى أصبح بعد ذلك عضوا بالمحكمة أنه "داخل كل منا نهر من الميول ، سواء سميتها فلسفة أم لا ، وهى تعطيه التماسك والاتجاه فى التفكير والفعل ، والقضاه لا يهربون من هذا التيار أكثر من أى شخص آخر [30] . ويمكن تقسيم الاتجاة الفكرى لقاضى المحكمة العليا إلى قسمين : قسم متحفظ وآخر متحرر، ومعظم المواضيع التى تشملها القضايا الدستورية تشمل نزاعا بين أوضاع المتحفظين والمتحررين ويمكن تقسيمها لثلاث مجموعات:

الأولى : وتسمى مجموعة الحرية مثل مسائل الحريات المدنية والتى تشمل الحقوق الإجرائية مثل حق المتهم الجنائى ، والحقوق الموضوعية مثل حرية التعبير وحرية الديانة ، ويلاحظ أن الموقف المتحرر مع هذه الحقوق والموقف المتحفظ يعطى وزنا أكبر نسبيا للقيم التى تتنافس مع هذه الحقوق مثل

القدرة على مكافحة الإجرام بجدارة.

الثانية : يطلق عليها مجموعة المساواة وهى تشمل المواضيع المتعلقة بالادعاء بوجود معاملات فيها تميز وتفرقة وينطبق عليها التعديل الرابع عشر للدستور ، ويميل موقف الأحرار لمساندة هذه الادعاءات بينما يميل المتحفظون إلى تقليل التعاطف معها .

الثالثة : وتسمى مجموعة المعاملة الجديدة "**new dealism**" ويمكن أن نطلق عليها أيضا مجموعة التنظيم الاقتصادى وتشمل هذه المجموعة المسائل المتعلقة بالتنظيمات الاقتصادية الحكومية، ويلاحظ أن الموقف المتحرر تجاهها قد يكون معقدا بعض الشيء إذ يميل لتأييد التشريعات التنظيمية التى فى صالح العمال دون أصحاب الأعمال بينما يميل الموقف المتحفظ الى معارضتها.

ويحدث بالطبع أن تتواجد قضايا لا علاقة لها بالمجاميع السالفة مثل النزاع بين الولايات على حقوق المياه، كما يحدث أن يكون هناك نزاع بين قيمتين متحررتين مثل النزاع بين حرية الصحافة و حق المتهم الجنائى فى محاكمة عادلة.

هذا ويمكن أن يحدث تغير فى وجهة نظر المحكمة أو أغلبيتها تجاه موضوع معين، والعادة أن القاضى يكون لديه ثبوت فى تفكيره ، ويحدث أحيانا أن مركز القاضى داخل المحكمة يتغير للتحول فى ثقل المركز الأيديولوجى للمحكمة، فالقاضى ستيوارت على سبيل المثال اتجه ناحية الجانب المتحرر للمحكمة، ويرجع ذلك أساسا إلى أن التعيينات الجديدة ككل فى السبعينات حركت المحكمة تجاه الجانب المتحفظ.

ولكن قد يحدث التغيير فى آراء القاضى نفسه بمضى الزمن ومثال ذلك القاضى"هارى بلاكمان" والذى عينه الرئيس نيكسون سنه ١٩٧٠ حيث تحالف فى البداية مع القضاة المتحفظين، وكان صديقا لرئيس القضاة "بيرجر"نظرا لنشأتهما المشتركة بمينسوتا حيث كان يطلق عليهما "توءم مينسوتا"ولكن تدريجيا تحرك تجاه وسط المحكمة وأصبح يتفق مع القاضى المتحرر برينن أكثر مما كان يتفق مع بيرجر،ولما سئل عن ذلك أشار إلى أنه قد أصبح هناك هدف شخصى له، وهو أن يمنع المحكمة من الانغراس السريع تجاه اليمين المتحفظ وأنه من الطبيعى أن يحدث التغيير فى المواقف، إذ إن الانسان ينضج بمضى السنين[31]. ومعنى ذلك وحسب استنتاج أحد المراقبين أنه يرفض القاعدة التى تقرر استقرار الموقف الأيديولوجى للقاضى.

والأكثر شيوعا من التحول الأيديولوجى الشخصى هو التحول فى وجهات نظر القضاة كمجموعة تجاه مسائل محددة بتأثير من الظروف الخارجية، فمثلا عندما بدأت الحرب الباردة مع الاتحاد السوفيتى فى أواخر الأربعينات فقد أدى ذلك إلى أن كثيرا من الأمريكان قد أصبحوا ينظرون إلى الحزب الشيوعى بصفته يمثل تهديدا للأمن القومى، وتأثر غالبية قضاة المحكمة العليا بذلك وشاركوا وجهة النظر هذه وعلى أثر ذلك أيدوا الإدانة الجنائية لقادة الحزب الشيوعى فى قضية **(Dennis v.United States)**

ويماثل ذلك أن نمو حركة مساندة حقوق المواطنين السود فى الخمسينات والستينات قد أدى لزيادة المساندة الشعبية لتلك الحقوق وتعاطف معظم القضاة بالمحكمة العليا وعلى إثره ألغت المحكمة إدانة متظاهرى الحقوق المدنية الذين تم القبض عليهم.

ويمكن أن نضرب مثالا ثالثا – أقدم زمنيا من سلفيه – ويوضح الأمر بصورة أكبر، إذ يبين منه

أن مجرد زوال الظروف البيئية المحيطة تؤدى الى عودة القضاة إلى سابق عهدهم.

ويظهر ذلك جليا فى قضية Gobitis [32] والتى تلخص فى أن المذكور كان يهودى الديانة، وربى ولديه على ركيزة عن الرفض لفكرة تقديس الأصنام، ومن ثم فقد رأى أن تعليمات مجلس مدرسة طفليه بتحية العلم مخالفة لديانتهم.

ولما امتنع الطفلان عن تحية العلم تنفيذا لأمر أبيهم، فصلتهما المدرسة، وقد رفع الأب دعوى ضد مجلس المدرسة متهما إياه بأن تعليماته تنتهك التعديل الأول والذى يحمى حرية الدين ، و قد كسب Gobities أمام المحاكم الدنيا، وأمام المحكمة العليا كان الوقت حرجا وحساسا، إذ كان ذلك سنة ١٩٤٠ فى وقت كان هتلر فيه قد غزا أجزاء كبيرة من أوربا وعلى وشك غزو إنجلترا وكان هناك خشية أن يغزو أمريكا ذاتها.

وهكذا ظهرت الحاجة الشديدة لدعم الوطنية فى الولايات المتحدة الامريكية ولو على حساب حرية الدين ، لذا ذهبت أغلبية المحكمة المكونة من ثمانية إلى أن تعليمات مجلس المدرسة محل الطعن لا تنتهك الحرية الدينية ، ولم يعترض على هذا الحكم سوى القاضى ستون.

وبعد عامين وبتأثير زوال احتمال غزو أمريكا من قبل هتلر، زال إلى حد كبير الظروف البيئية المؤثرة على موقف القضاة، فعدل عن موقفه كل من القضاة بلاك وميرفى ودوجلاس ، وأكدوا أن حرية الديانة يجب أن تكون لها الأولوية.

وبعد ذلك بسنة ولما أصبحت هزيمة هتلر وشيكة عدلت المحكمة عن سابقة Gobities [33].

ويمكن أن نضرب مثالا رابعا لتأثير العوامل البيئية على قضاة المحكمة بأن نمو حركة حقوق المرأة والمطالبة بمساواتها بالرجل فى السبعينات عنها فى الستينات قد جعل القضاة المتحفظين فى السبعينات أكثر تعاطفا مع تلك الحقوق عن القضاة المتحفظين والمتحررين أيضا فى الستينات، رغم أنه من المفترض أن القضاة المتحفظين قليلو التعاطف مع تلك الحقوق.

ويحدث التغيير فى موقف المحكمة أيضا بتأثير من التعيينات الجديدة بها حيث يؤدى ذلك إلى وجود قضاة ذوى ميول مختلفة عن سابقيهم مما يؤدى إلى التغيير فى كثير من الأحيان. وتاريخ المحكمة العليا منذ الخمسينات يظهر هذا الأمر، فمحكمة "وارن" حال بدايتها كانت مقسمة بين المتحررين والمتحفظين وفى الفترة من ١٩٥٨ حتى ١٩٦١ كان هناك أربعة قضاة متحررون وخمسة متحفظون ولكن تحفظهم بمقارنة التحفظ فى العشرينات يعتبر معتدلا.

وفى سنة ١٩٦٢ أحدث الرئيس كيندى تعيينين بالمحكمة فقد عين المعتدل برون ويت محل المتحفظ ويتكر وعين المتحرر آرثر جولدبرج محل فيلكس فرانكفورتر، ولاشك أنه فى محكمة منقسمة انقساما يكاد يكون متكافئا فإن التعينين سالفى الذكر يغيرا من الأمر ، وقد تعزز ذلك بتعيين "ثيرجودمارشال" فى سنة ١٩٦٧ ليحل محل توم كلارك وقد سبق ذلك سنة ١٩٦٥ تعيين أبى فورتاس بدلا من جولدبرج، وعلى أثر ذلك فقد أصبحت الفترة من ١٩٦٢إلى ١٩٦٩ أكثر فترات المحكمة تحررا.

وفى الفترة من ١٩٦٩ إلى ١٩٧١ استطاع الرئيس نيكسون بأربعة تعيينات جديدة أن يعيد المحكمة إلى الاتجاه المتحفظ من جديد.

هذا وبجانب اتجاه القاضى المتحفظ أو المتحرر والذى يؤثر على قراره فإن هناك مسألة يختلف

فيها القضاة وتسبق اتجاههم وهى موقف القاضى من النشاط القضائى، بمعنى أن القضاة قد يختلفون فى نظرتهم للمحكمة العليا ودورها فقد يميل القاضى إلى النشاط القضائى وقد يوجد آخر يميل الى فكرة التقيد القضائى وإحجام المحكمة عن التدخل ولنضرب مثلا لتوضيح الأمر.

ذات مرة سئل القاضى هولمز عن العدالة فأجاب بأنها ليست وظيفته وإنما وظيفته أن يلعب اللعبة حسب قواعدها[34] ، بينما فى موقف مشابه لمعت عينا القاضى بلاك وطارت يده اليمنى وأكد أن دوره الأساسى هو أن يقر العدالة.

وقد يكون القاضى متحفظا أو متحررا و رغم ذلك مع أو ضد النشاط القضائى.

ففى العشرينات وأوائل الثلاثينات كانت المحكمة تلغى التشريعات الاقتصادية الحكومية بتأثير من القضاة المتحفظين الذين آمنوا بضرورة تدخل المحكمة فى هذه المجالات، بينما كان المتحررون ضد هذا التدخل ومع سياسة العوائق القضائية، وبعد ذلك انعكس الحال منذ الأربعينات حيث كان النشاط القضائى مؤيدا للحريات المدنية وضد التشريعات المناهضة لذلك وبتأثير من إيمان الأحرار بالأمر بينما كان المتحفظون معارضين ومع سياسة العوائق والإحجام القضائى عن التدخل.

المبحث الثالث

نص القانون محل الطعن

من القضاة من آمن بأن الحكومة الأمريكية هى نظام مصمم لحماية حقوق محددة من خلال قيود دستورية مفروضه على الأغلبية ، ومن ثم فإن مهمتهم كقضاة بالمحكمة العليا أن يعكسوا قيمهم السياسية على أحكامهم لضمان النتائج الصحيحة، وفى الثلاثينات كان القاضى **Sutherland** يؤمن ليس فحسب بأن الدستور يحمى[35] الملكية من التنظيمات التشريعية المتدخلة ولكن بأن واجبه كقاض هو حماية الملكية من هذه التشريعات، كما كان القاضى بلاك صاحب نظرة أوسع من سلفه إذ يؤمن ليس فحسب بضرورة حماية حق الملكية ولكن كافة الحقوق التى تضمنتها وثيقة الحقوق.

و القضاة الذين هم على شاكلة القاضيين سالفى الذكر ، لا يمنعهم نص القانون بحال من القضاء بعدم دستوريته ، وهكذا لا يشترطون فى النص أن يكون ناطقا بعدم الدستورية .

بينما يوجد آخرون يرون أن دور المحكمة هو تبنى ما تتخذه الحكومة الديمقراطية، والرقابة الدستورية هى عملية مضادة لرغبة الأغلبية وللديمقراطية وأمثال هؤلاء لديهم ميل أقل لكبح أعمال المشرع ، إذ طالما أن الدستور من الصعب تفهم معانيه ، فيجب احترام رغبات المشرع، ولو كانت لاتتفق مع ذاتية القاضى نفسه .

ومثال ذلك أن القاضى ستون كان شخصيا لا يتفق مع الكثير من تشريعات المعاملة الجديدة [illegible] ، ومع ذلك كان يؤيدها ويختلف مع زميله **Sutherland**، حيث كان يؤكد دوما أن المحكمة العليا يجب أن يكون لها دور متواضع فى هذا الأمر ، إذ إنها ليست الهيئة الوحيدة المفترض فيها القدرة على الحكم ووزن الأمور[36].

ونجد أن هارى بلاكمان وستيوارت صوتا لتأييد عقوبة الإعدام ، ومع ذلك صرح بلاكمان بعدم

تعاطفه معها ، بل إن ستيورات قرر صراحة بأنه لو كان مشرعا ما صوت أبدا لصالحها.

ونجد أيضا أن رئيس القضاة بيرجر كان من رأيه أن السياسة التى تحرم التعليم على الأجانب المتواجدين بالبلاد بصورة غير شرعية ليس لها معنى وعنيفة وخاطئة ورغم ذلك كان منشقا على إلغاء هذه السياسة [37].

وخلاصة الأمر أن القضاة من الفئة الأخيرة لا يذهبون لعدم دستورية النص التشريعى إلا حال وضوح ذلك .

ولكن الفئة الأكبر من القضاة لا تغضبها حالة النص على تبنى سياسة محددة .

ويعد غير صحيح ما قرره القاضى روبرتس من أن دور المحكمة فحسب هو أن تضع النص القانونى المعيب فى مواجهة النص الدستورى الذى انتهكه وتعلن ذلك بحكم قضائى ، ومن ثم فإن ما تملكه المحكمة من سلطة حقا هو قوة الحكم.

وقد أراد روبرتس بذلك أن ينفى أن المحكمة تلغى عمل ممثل الشعب وهو الكونجرس.

ونرى أن حالة النص المطعون فى دستوريته نادرا ما تسمح بهذا الدور السلبى وإنما لابد من دور إيجابى لقضاة المحكمة العليا يعتمد على استنتاجاتهم لمعنى القانون المطعون فيه.

المبحث الرابع

البيئة المحيطة بالمحكمة

إن ذلك العامل له تأثير محدود على المحكمة بالنظر لأن المحكمة العليا تتميز بتمتع أعضائها بالعضوية بها مدى الحياة، ومن ثم فهى تختلف عن البرلمان والرئيس الذين يتم انتخابهما، ولذلك لما سئل القاضى (هارولد بيرتون) عن شعوره لما انتقل من الكونجرس للمحكمة العليا أجاب أنه نفس الإحساس الذى يشعر به المرء لما ينتقل من السيرك إلى الدير[38].

وانعزال المحكمة وسموها يرجع أيضا إلى وجود قيود رسمية وعملية تمنع من نشاط جماعات المصالح تجاهها إضافة إلى كونها الجهة القضائية العليا ومن ثم لا تراجعها محكمة أخرى.

ورغم التأثر المحدود بالبيئة المحيطة فسوف نعطى نبذة عن تأثير عوامل تلك البيئة وهى:

(أ) الرأى العام : إن للرأى العام بالطبع تأثيرا على المشرع بحسبان أن أعضاء الكونجرس يريدون ضمان إعادة انتخابهم والتقدم السياسى إضافة لشعورهم ببعض المسئولية فى تمثيل وجهة نظر الأحزاب المثلين لها، لكن بالنسبة للمحكمة العليا فإن قضاتها لا يعتمدون على الرأى العام لكى يحتفظوا بأماكنهم وقليل منهم لديه الاهتمام بمناصب أخرى بالإضافة الى أن المحكمة ليست جهة تمثيل، وعليه نجد أن هناك دورا محدودا للرأى العام على المحكمة ونجدها تتبنى أحيانا سياسات غيرشعبية بالمرة مثل أحكامها بتحريم الصلوات المنظمة فى المدارس العامة وكذا مساندة المحكمة للمتهمين الجنائيين وبالأخص فى الستينات.

ومع ذلك قد يكون للرأى العام بعض التأثير على المحكمة وذلك للشعور السائد لدى القضاة بأنه

كلما رأى الناس المحكمة بصورة صالحة كلما كان الاحتمال الأكبر أن يتمشوا مع سياساتها.

ولعل ذلك الاهتمام كان له دور حقيقى فيما قررته المحكمة فى قضية براون ضد مجلس التعليم حيث وضعت المحكمة جدولا تدريجيا لمنع التفرقة العنصرية فى المدارس بدلا من أن تضع إجراء فوريا، وهذه المرونة من المحكمة كانت بناء على حسابات اتخذت وتوصلت لأن تلك المرونة مطلوبة للحصول على موافقة الجنوبيين على المبدأ العام لمنع التفرقه العنصرية وذلك رغبة فى ضمان مساندة الرأى العام للمحكمة، بل إن المحكمة مراعاة منها للرأى العام ورغبة منها فى اكتسابه وفرض هيبتها عليه تتعمد أن تسند كتابة بعض أحكامها الهامة لرئيس القضاة، مثلما حدث فى قضية براون سنة ١٩٥٤ وقضية الولايات المتحدة ضد نيكسون سنة ١٩٧٤.

ويحدث فى حالات قليلة أن نجد قضاة لهم مصالح شخصية فى شهرة أعمالهم وقد يرجع ذلك إلى رغبة القاضى أن يكون محبوبا ، أو إلى طموحه فى الحصول على منصب سياسى مستقبلى فى الحكومة كما حدث لوليام دوجلاس والذى كان على مايبدو له بعض الطموح كرئيس.

وأخيرا قد نجد أن الرأى العام قد يكون هاما لأنه هو الأساس الشرعى لتفسير ماجاء بالدستور مثل التعديل الثامن والذى يحرم العقوبات القاسية وغير المألوفه والتى يعتد فيها بوجهة النظر الحاليه للرأى العام. وهناك قلة من الفقهاء آمنت بأهمية أكبر للرأى العام ، وقد أعد بعضهم دراسات تؤكد ماآمنوا به ومنهم جازيانو وتوماس مارشال(39) نعرضها على النحو التالى :

١- دراسة السيد **Gaziano**

درس هذا الفقية العلاقة بين اتجاهات الرأى العام وأحكام المحكمة المتعلقة بضمانات التعديل الأول وتوصل لما يلى:

أولا : عندما أقل من ٤٠٪ من المواطنين يؤيدون الضمانات الواسعة للتعديل الأول فإن المحكمة العليا عندئذ تضيق وتقيد منها.

ثانيا : عندما تتزايد الرغبة الشعبية عن النسبة السالفة فإن المحكمة العليا تمد ضمانات التعديل الأول بصورة أكبر من ذى قبل رغم أن الزيادة التى طرأت على الرغبة الشعبية لم تجعل تلك الرغبة تتجاوز ٥٠٪.

واكتشف الفقية المذكور أن ٦٠٪ من الأحكام المقيدة من ضمانات التعديل الأول تصدر فى الأوقات التى تهبط فيها المساندة الشعبية لهذا التعديل. وعلى الإجمال فإن كل الأحكام المؤيدة للتعديل الأول تحدث إما فى فترات المساندة الشعبية المرتفعة أو فى الفترات التى تشهد انخفاضا فى النسب فى طريقه إلى التزايد ، وعلى النقيض تصدر الأحكام المضيقة من حدود التعديل الأول حال انخفاض المساندة الشعبية.

وهكذا استنتج سيادته أن الأحكام المتعلقة بالتعبير الحر مرتبطة بالرأى العام.

٢- دراسة توماس مارشال

قام هذا الفقيه بدراسة تأثير الرأى العام على المحكمة العليا وتركزت دراسته على الفترة من ١٩٣٦ إلى ١٩٨٦، وقسم الأحكام الى أحكام شعبية تتفق مع اتجاهات الأغلبية ، وأخرى مضادة لها.

وتركزت دراسته على الأحكام الدستورية ، واهتم بتصنيف القانون إلى فيدرالى ومحلى وتوصل سيادته للنتائج الآتية:

أولا : أيدت المحكمة العليا ٨٠٪ من القوانين الفيدرالية المتفقة مع الرغبة الشعبية.

ثانيا : أيدت المحكمة العليا ٣٦٪ من القوانين الفيدرالية التى لا تتفق مع الرغبة الشعبية

ثالثا : أيدت المحكمة العليا ٤٧٪ من قوانين الولايات المتفقة مع الرغبة الشعبية.

رابعا: أيدت المحكمة العليا ٣٤٪ من قوانين الولايات غير المتفقة مع الرغبة الشعبية.

وقام بتصنيف القضايا إلى الأنواع الآتية :

١- قضايا الحريات الأساسية .

٢- القضايا الاقتصادية.

٣- القضايا فى أوقات الأزمات.

وقارن بين أحكام المحكمة العليا فى كل نوع وتوصل إلى أن المحكمة تتفق مع الرأى العام وفقا لما يلى:

- فى مسائل الحريات تتفق بنسبة ٦٦٪ وفى غيره بنسبة٥٠٪.
- فى المسائل الاقتصادية تتفق بنسبة ٦٩٪ وتقل النسبة إلى ٥٩٪ فى غيرها.
- فى أوقات الأزمات تتفق بنسة ٨٠٪ وتقل النسبة إلى ٦٧٪ فى غيرها.

وقد استنتج مارشال أن المحكمة العليا تميل إلى الخضوع لرغبات الرأى العام بالنسبة للقانون الفيدرالى أكثر من قانون الولاية و تميل إلى الاتفاق مع رغبات الشعب بصورة كبيرة خلال أوقات الأزمات ، ومن ثم فإن المحكمة إجمالا تتفق مع الرغبة الشعبية فى ٦٢٪ من الأحوال وتخالفه فى٣٨٪ فقط.

ومن ثم كشفت هذه الدراسة عن حقيقة اهتمام المحكمة بالرأى العام فى حكمها وأنها حقيقة ليست كيانا معارضا للأغلبية.

ب- الإعلام والمجتمع القانونى :

١- الإعلام : يربط المحكمة بالشعب وهو إعادة مشاهدة لأعمال المحكمة ، وقد أظهر بعض القضاة بعض الحساسية لنقد الصحافة، وحدث ذات مرة أن كتب القاضى ستيورات لإحدى الصحف محتجا على نقدها لأحد الأحكام[40].

وفى قضية **(Gannett v. De Pasquale)** سنة ١٩٧٩ قضت المحكمة بأن القضاة يمكنهم أن يحجبوا الجمهور بما فيه الصحافة عن حضور المحاكمات وهذا يعنى أن التعديل الأول والذى يحمى حرية التعبير أو الصحافة لا يعطى الجمهور الحق فى أن يحضر المحاكمات، وقد حدث انتقاد كبير لهذا الحكم بالصحف على أثره تراجعت المحكمة سنة ١٩٨٠ فى قضية **(Richmond newspaper v.**

(Virginia وقضت أن التعديل الأول يضمن حضور الجمهور لمعظم المحاكمات.

وقد قرر أحد الصحفيين وهو "أنتونى لويس" أنه يشك فى أن المحكمة كانت ستغير اتجاهها بهذه السرعة لولا النقد الذى تعرضت له.

٢- المجتمع القانونى : له دوره الهام بحسبان أن القضاة يستمدون كثيرا من أفكارهم من ذلك المجتمع فكثير منهم يحتفظ بعلاقاته مع المحامين وقضاة المحاكم الدنيا رغم تعيينه بالمحكمة العليا، كما أن القضاة يستفيدون من المجتمع القانونى بصفته خبيرا مقيِّما لأعمال المحكمة، وبالأخص يستفيد القضاة من المجلات القانونية التى تنشر بواسطة كليات الحقوق وقد ينقل القاضى فقرة منشورة بمجلة لمساندة رأيه.

ج- الخصوم وجماعات المصالح:

لاشك فى وجود بعض التأثير الناتج عن الخصوم وجماعات المصالح ومايقدموه من مناقشات شفوية ومذكرات مكتوبة.

وقد قال القاضى هارلن ذات مرة إن المنازعات الشفوية قد تكون فى كثير من الأحيان الفارق بين المكسب والخسارة [41].

ولا شك أن خبرة وكيل النيابة فى مكتب المدعى العام تساعد فى نجاح الحكومة فى أن تقبل طعونها للاستماع ويشبه ذلك خبرة المحامى.

ولكن يلاحظ أن ذلك التأثير الكبير على الاستماع للقضية ينقص عند الحكم فيها كما فى معظم القضايا التى تكون للمحكمة فيها عقيدة سابقة أو رغبة فى الحكم بطريقة معينة، ففى قضية جيديون والتى أقرت فيها المحكمة حق المتهم الجنائى الفقير فى استشارة محام كان القاضى فورتاس وقتها محاميا شهيرا وخصمه محام ضعيف الإمكانية ورغم ذلك قيل إن فصاحة وبلاغة فورتاس كانت ضربا على باب مفتوح، وعليه فإن فصاحة وقوة المحامى تكون لها تأثير فى القضايا التى لا يكون للقضاة عقيدة سابقة فيها أو ميل قوى للحكم فيها بطريقة معينة.

د - الكونجرس [42].

يؤثر الكونجرس بشكل كبير على سلطات المحكمة فقد يحد من سلطتها الاستئنافية أى سلطتها فى الاستماع للقضايا، كما فعل سنة ١٨٦٨ لكى يمنع المحكمة من الحكم على دستورية تشريعات إعادة البناء، كما أن الكونجرس يتحكم فى ماهيات قضاة المحكمة العليا وإن كان لايستطيع أن يخفضها، ويتحكم الكونجرس فى عدد القضاة رغم أن عدد تسعة الذى استقرت عليه المحكمة قد أصبح من الصعب تغييره.

هذا وقيام الكونجرس بالتشريع الموضوعى ربما يؤثر على المحكمة بصورة كبيرة إذ قد يقوى أو يضعف السياسات التى صنعتها المحكمة فى مجالات معينة وقد يقصد منه إيقاف اتجاه معين للمحكمة. وإذ كان الكونجرس على صلة بالمحكمة بهذه الصورة فإننا نجد أنه من الصعب أن يكون أعضاء المحكمة غير مهتمين بأعمال الكونجرس، فقد يشكل القضاة ضغطا مباشراً داخل الكونجرس ضدا أو مع تشريع معين، ومثال ذلك الجهود التى بذلها رئيس القضاة تافت ليصدر القانون القضائى (the judiciary act) سنه ١٩٢٥ وهذا القانون أعطى للمحكمة العليا حرية اختيار واسعة ، كما أن

بعض أعضاء المحكمة تدخلوا للعمل على هزيمة روزفلت عندما لجأ إلى خطة تكديس المحكمة سنة ١٩٣٧، كما أن رئيس القضاة بيرجر كان نشيطا فى الدعوة للتشريعات التى تؤثر على المحكمة وكذا المحاكم الفيدرالية .

هذا ونجد أن سياسة المحكمة أحيانا تحركها الرغبة فى تأخير الكونجرس عن تقديم تشريع يهاجم المحكمة فيه بطريقة أو بأخرى، وعليه نجد أنه خلال عدة فترات زمنية فى تاريخ المحكمة كان يحرك القضاة هدف تجنب الأحكام التى قد تستثير الكونجرس كما حدث مع مارشال فى أوائل القرن ١٩.

وبعد الحرب الأهلية تراجعت المحكمة عن النزاع مع الجمهوريين لذا وافقت على النص الذى يزيل سلطتها فى مراجعة تشريعات إعادة البناء.

وأكثر الحالات وضوحا لما غيرت المحكمة من موفقها المعارض لتشريعات المعامله الجديدة سنة ١٩٣٧ فى حين كان الكونجرس ينظر فى خطة الرئيس روزفلت لتكديس المحكمة.

وفى الفترة من سنة ١٩٤٥ إلى سنة ١٩٥٧ تبنت المحكمة سياسات المستقلين فى عدة مجالات وبالتالى أثارت قدرا كبيرا من عدم الارتياح مع الكونجرس ومع الشعب ككل، وخلال هذه الفترة تقدم العديد من أعضاء الكونجرس بقوانين تهاجم سياسات المحكمة وتحد من سلطتها القضائية، وقليل منها هو الذى حصل على اهتمام جاد وعلى أثر ذلك تراجعت المحكمة عن سياستها، الأمر الذى وصفه أحد المعلقين بأنه انسحاب تكتيكى **(a tactical withdrawal)** [(43)]. وفى الفترة من ١٩٥٠ وحتى تاريخه لا يوجد تأثر ملحوظ على المحكمة من رد فعل الكونجرس .

هـ: رئيس الولايات المتحدة:

له عدة وسائل يؤثر بها على المحكمة فهو يساعد فى عملية الخصومة أمام المحكمة بتعييناته التى يجريها للمدعى العام ، كما يمكنه الوقوف مع أو ضد المحكمة فى الكونجرس، كما يمكن أن يساعد فى تطبيق سياسات المحكمة أو رفض ذلك، كما أن الرئيس هو الذى يرشح أعضاء المحكمة ولهذا دوره الكبير فى التأثير على ماتنتهجه المحكمة بعد ذلك، ولهذا نجد أن بعض القضاة مثل آبى فورتاس قد احتفظوا بعلاقات جيدة مع الرئيس.

المبحث الخامس

دور رئيس المحكمة

إن مهام رئيس القضاة كبيرة ومتعددة وخطيرة، وهذا مادفع ثانى رئيس للولايات المتحدة بعد الرئيس جورج واشنطون وهو المدعو جون آدامز أن يقول إن مهام رئيس قضاة المحكمة العليا تفوق مهام رئيس الولايات المتحدة.

والحقيقة أن لرئيس المحكمة سلطات رسمية وغير رسمية ومكانة تسمح له بالتأثير على زملائه.

وأهم سلطة رسمية للرئيس هى رئاسته للمحكمة فى المجادلات الشفوية وفى المؤتمر إضافة إلى أنه أول من يتحدث فيه ، وقبل كل ذلك يحدد الرئيس كشف المناقشه **"Discuss List"** وهو الكشف

الذى ينطوى على القضايا التى سوف تبحث المحكمة ما إذا كانت ستقبلها من عدمه ، وبالتالى فإن المستبعد من هذا الكشف يرفض تلقائيا ، وإذ كان الرئيس فى جانب الأغلبية فهو يحدد القاضى الذى سيتولى كتابة الرأى.

ويحدث أن ينتمى الرؤساء للأغلبية خصيصا حتى يتمكنوا من تحديد من يكتب رأى المحكمة - وحتى لا يكتسب هذه السلطة أقدم الأعضاء فى الأغلبية ، ومن الرؤساء الذين درجوا على ذلك رئيس القضاة بيرجر ، حيث كان يؤخر الإفصاح عن رأيه حتى تشكل الأغلبية وتتضح فينتمى إليها رغم أن العرف قد جرى على أن الرئيس يفصح عن رأيه أولا.

وقد حدث أن داعبه القاضى ستيوارت ذات مرة فرسم مقبرة له وكتب عليها عبارة "لن ألعب الآن"[44].

وقد استطاع رئيس القضاة إيرل وارن أن يحدد من يكتب رأى المحكمة فى ٨٠٪ من الأحكام التى صدرت طيلة رئاسته للمحكمة، ويهدف الرئيس من العهد بكتابة الرأى إلى قاض معين إلى تقوية الأغلبية بأن يعين أكثر الأعضاء توسطا[45] فى الأغلبية كى يتمكن من جذب الآخرين وتقديم واجهة متحدة أو شبه متحدة للمحكمة ، كما قد يسعى الرئيس عن طريق تلك السلطة إلى تحقيق سياسته الشخصية بأن يكتب الرأى بنفسه أو يسنده لأقرب أعضاء المحكمة إليه أيديولوجيا. ورغم كل ماسلف فإن وسائل قيادة الزملاء داخل المحكمة غير كافية على مايبدو ، وهذا ماأوضحه رئيس القضاة رنكوست عندما ذكر أن قضاة المحكمة العليا ليسوا مرءوسين حقيقة لرئيس القضاة ولايستطيع أن يوجههم بالنظر لأنهم مثل رئيس القضاة لديهم الحق فى الاستمرار بالخدمة طالما سمعتهم حسنة ، وهم مستقلون لاسلطان عليهم ، وأقصى ما يستطيعه رئيس القضاة أن يحاول إقناعهم بمسايرته[46].

وإزاء ما تقدم فلابد أن يتوافر لدى رئيس القضاة مقدرة سياسية إضافة إلى تلك القضائية ، ومعظم رؤساء القضاء الأفذاذ جاءوا من مناصب سياسية ، فمارشال كان وزير داخلية الرئيس جون آدامز ، وتانى كان وزير مالية ، وهيوز رشح من قبل الحزب الجمهورى فى انتخابات سنة ١٩١٦ ضد الرئيس ويلسون إلا انه فشل ورشح بعد ذلك كرئيس للقضاة ونجح ، وانتخب إيرل وارن محافظا لكاليفورنيا ثلاث مرات .

وهكذا على رئيس القضاة حتى ينجح أن يتوافر لديه الحس السياسى والقدرة على التعامل مع جميع فئات الشعب بطبقاته المختلفة.

وقد أكد رنكوست ذلك عندما قرر بأن رئيس القضاة لا يجب أن يكون فقيها فحسب وإنما يجب أن تتوافر فيه إضافة للحس القضائى القدرة على التخطيط. وعلى ذلك يجب أن يتسلح رئيس القضاة بالمهارات السياسة حتى يتعامل مع زملائه شديدى الاستقلال، وحتى يكون قادرا على إظهار المحكمة بصورة جيدة أمام أعين الشعب.

ويعد جون مارشال من أكفأ رؤساء القضاة إن لم يكن الأكفأ وقد قاد المحكمة طيلة ٣٤ عاما وكتب أكثر من نصف آراء المحكمة فى كل القضايا المعروضة عليها وتقريبا كل آراء المحكمة الدستورية عدا تسعة اعترض عليها، وتأثر زملاؤه فى المحكمة كثيرا به.

وكان يمتلك رؤية واضحة للاحتياجات الدستورية للوطن الوليد ظهرت جيدا طيلة فترة حكمه عامة، وفى قضية ماربرى سنة ١٨٠٣ خاصة، وقد وجد مارشال الدستور قصاصة من الورق فجعله قوة ووجده هيكلا عظميا فكساه لحما كما حول المحكمة العليا إلى إدارة منسقة تمام التنسيق مزودة بالسلطة النهائية لحماية الدستور[47].

ولا يقل عن مارشال كثيرا رئيس القضاة – هيوز – والذى قاد المحكمة فى الفترة من سنة ١٩٣٠ حتى سنة ١٩٤١ واعتبر رئيسا عظيما بل ليس له مثيل فى القرن العشرين.

وكان هيوز فذا فى تقديمه للحقائق القانونية لزملائه والتى تثيرها القضية ، وموهوبا فى تحريك زملائه تجاهه حتى المشاكسين منهم، وكان يعطى أصغر القضاة الإحساس بأهمية رأيه حتى وإن اختلف معه ، وكان قادرا على توجيه الحوار رأسا إلى الموضوع وذلك فى المؤتمر القضائى، ورغم أن هيوز كان رئيسا للقضاة خلال فترة الثلاثينات التى شهدت الصراع مع روزفلت فقد وجه خطابا للجنة القضائية بمجلس الشيوخ يعلن فيها رفضه لخطة تكديس المحكمة ولما عدلت المحكمة عن موقفها المعارض انضم للأغلبية المؤيدة لسياسة المعاملة الجديدة ، وهجر رأيه القديم.

وكان مارشال وهيوز يمتلكان القدرة على فهم نقاط الضعف والقوة فى زملائهم القضاة، وامتلكا القدرة على قيادة المحكمة والتعامل باحترام وفاعلية مع الزملاء.

وكان شاغل كليهما[48] تنمية وتطوير الاحتياجات الأساسية الدستورية للدولة، وظهر ذلك واضحا فى الأحكام الصادرة فى عهدهما.

ونجد مثلا أن رئيسا مثل وارن بيرجر كان لا يمتلك موهبة القيادة أو القدرة على تضييق هوة الخلاف مع معارضيه[49] عكس إيرل وارن الذى نجح فى القيادة رغم صعوبة الظروف التى كانت تحيط بالمحكمة فى عهده، وخاصة فى ظل وجود زملاء ربما أكثر منه كفاءة قانونية مثل بلاك ودوجلاس ، إضافة إلى انقسام المحكمة انقساما متكافئا فى عهده بين المتحررين والمتحفظين.

المبحث السادس

مدى تجاوب القضاة مع بعضهم وطبيعة العلاقات بينهم

إن أحكام المحكمة العليا يمكن القول بأنها تتخذ و تتشكل بصورة شخصية وبصورة مجتمعة بمعنى أن القاضى يعمل بعيدا عن زملائه ويسانده حجابه من ناحية و من ناحية أخرى فإنه يتداول مع زملائه فى المؤتمر ويؤثر ويتأثر برأيهم ، وتحدث تلك المناقشات خارج المؤتمر أيضا، ولعل مايشجع على ذلك هو الرغبة الداخلية لكل قاض فى أن تصدر الأحكام بالإجماع، وهذا التجاوب يؤتى مفعوله حيث يؤثر فى الحكم النهائى الذى يصدر عن المحكمة إذ يحدث أن يكون ذلك الحكم النهائى مختلفا تماما عن الاتجاه المبدئى ، فرأى المحكمة يتشكل نتيجة المداولات بين القاضى المعين لكتابة الحكم وزملائه ومن ثم يحدث أن يختلف ذلك الرأى تماما عن مسودته الأولى، وهذا ماحدث مثلا فى قضية (United States v. Nixon) سنة ١٩٧٤ ، والتى فيها كان الرأى الأصلى لرئيس القضاة بيرجر غير مرضى عنه من عديد من زملائه وبالعمل والمداولة سويا توصل القضاة للحكم النهائى والذى صدر بالإجماع ونشر باسم بيرجر[50].

والحقيقة أن تغيير القاضى لموقفه المبدئى فى المؤتمر قد يحدث نتيجة دراسة مستقلة يجريها القاضى بنفسه ولكن غالبا مايتم تحول المواقف نتيجة تأثر القاضى بزملائه ، وهذه المرونة القضائية التى تؤدى إلى تحويل الاتجاهات للوصول لآراء جماعية لعل أبرز أمثلتها هو قضية [51](Brown v.Board of Education) والتى كانت المحكمة مبدئيا منقسمة بصددها ثم استطاعت التوصل لحكم جماعى.

هذا وقد يحدث نوع من التداخل بين القيم الشخصية للقاضى ومدى تجاوبه وتأثره بالجماعة ، فنجد مثلا أن القاضى المتحفظ الذى يميل فى المؤتمر لموقف متحرر يكون من السهل التأثير عليه عن طريق زملائه المتحفظين ليغير من موقفه عند إصدار الحكم النهائى. وفيما عدا رئيس القضاة فإن القضاة الآخرين لديهم فرص متساوية للتأثير، لكن ومثل أى إنسان يحدث الاختلاف فى مدى استغلال ذلك ، وقد قال دوجلاس عن زملائه ستون وفرانكفورتر إنهم كانوا مبشرين بمعنى أنهم يسعون دائما للتأثير على زملائهم بآرائهم، بينما نجد أن دوجلاس كان فى أقصى الناحية المضادة إذ إنه كان قاضيا لايهتم إطلاقا بالسعى للتأثير على زملائه وكتب عنه كنوع من السخرية - بأنه يكون حزيناجدا إذا اتفق أحد الزملاء معه فى المحكمة فى ذات الرأى.

ولا جدال فى أن مهارة العقلية القانونية والقدرة على المجادلة والإقناع تساعد القاضى فى التأثير على زملائه ، وينطبق ذلك على كل من جون هارلن ولويس باول.

ويلاحظ أن المهارة وحدها لا تصلح للإقناع إذ لابد أن يكون القاضى على علاقة حسنة بزملائه ، فالقاضى جيمس ماكرينولدز مثلا كان غريبا عن زملائه، ومن ثم فقد فرصته فى التأثير عليهم، وحتى يمكن تفهم الأمر جيدا فإن الأمر يحتاج إلى دراسة تفصيلية لحالة كل من القاضيين فرانكفورتر وبلاك[52].

أولا : القاضى فرانكفورتر :

هاجر من النمسا سنة ١٨٩٤ إلى أمريكا وكان سنه وقتها اثنى عشر عاما، ولم يكن يتكلم الإنجليزية لكنه سرعان ما أجادها ، ودخل كلية حقوق هارفارد وتخرج أول دفعته ، وفى بداية عمله المهنى عمل كمساعد للمدعى العام بنيويورك ، وذاع صيته كأستاذ لعلم القانون الدستورى والإدارى واشتهر عنه أنه كان من المدافعين عن الحقوق المدنية وكان عضوا مؤسسا فى اتحاد الحريات المدنية وكتب العديد من المقالات المؤيدة لتلك الحقوق.

وصادق المذكور فرانكلين روزفلت وكان مستشاره الأمين بصورة غير رسمية - إبان كان روزفلت محافظا لنيويورك - ولما أصبح الأخير رئيسا للولايات المتحدة لم يتوقف عن استشارة فرانكفوتر ، وعرض روزفلت عليه العديد من المناصب الرسمية إلا أنه رفضها جميعا، ولما عرض عليه ترشيحه كقاض بالمحكمة العليا أجابه فرانكفورتر بسعادة بأنه كان يتمنى لو كانت والدته على قيد الحياة لترى ذلك، وعين بالفعل سنة ١٩٣٩ .

ثانيا :هيوجوبلاك :

عين بلاك قبل تعيين فرانكفورتر بسنتين بالمحكمة العليا أى فى سنة ١٩٣٧ ، ولم تكن ظروفه العائلية والدراسية تؤهله لأن يتوقع منه قيادة المحكمة مثل فرانفكورتر ، فلم يكن خريجا لها رفارد ولا ناصحا أمينا لرئيس البلاد، إذ كان خريجا لكلية حقوق الاباما واشتهر كمحام على المستوى الابتدائى

للولاية، وفى سنة ١٩٢٥ رشح نفسه فى انتخابات مجلس الشيوخ عن ولاية ألاباما ونجح، وساند سياسة المعاملة الجديدة لروزفلت إبان كان عضوا بمجلس الشيوخ وأكد أنها تتفق مع المبادئ الدستورية. وهاجم بعنف سياسة المحكمة المتحفظة المتعارضة مع هذه السياسة .

وبدأ دوربلاك القيادى بالمحكمة يظهر سنة ١٩٤١فى قضيتين منضمتين (53) تخلص وقائعهما فى أن أقوالا كتبت بالصحف اعتبرت ازدراء لمحكمة الولاية الأمر الذى دفع إلى توقيع عقوبة جنائية على مقترفى ذلك على أساس من تهمة ازدراء المحكمة.

ولما طعن أمام المحكمة العليا على أساس من مخالفة الأمر لحرية التعبير المحمية دستوريا بالتعديل الأول، كتب بلاك رأى المحكمة وتبعه المعينون من قبل روزفلت عدا فرانكفورتر.

وأكد بلاك على أنه لا يجوز تحريم الكلام، وأنه يعد افتراضا خاطئا الاعتقاد بأن احترام القضاء لا يتأتى إلا بمنع نقده ، إذ يخطئ صاحب هذا الاعتقاد فى تقييم دور الرأى العام الأمريكى.

فمن عظمة أمريكا أنها تسمح للمرء أن يقرر ما فى عقله رغم أن مذاقه قد لا يكون مستملحا من قبل مؤسسات الدولة.

وأكد بلاك أن التعديل الأول يمنح الحرية طبقا للدستور ، وأن ذلك يشتد ساعده مع الأيام.

وقد احتج فرانكفورتر مؤكدا أن سلطة الازدراء هى وسيلة المحاكم لحماية استقامة العملية القضائية ، ولايجوز إعطاء مكانة متميزة للتعديل الأول على حسابها.

ويثور التساؤل كيف فقد فرانكفورتر الآمال المعلقة عليه كقائد للمجموعة الليبرالية بالمحكمة والتى عينها روزفلت ؟ وكيف تمكن بلاك من تولى زمام الأمور رغم أن التوقعات لم تكن ترشحه لهذه المكانة؟.

والإجابة على ذلك مرجعها إلى أن الزملاء تأثروا سريعا بشخصية بلاك ومهارته ونمطه فى التعامل معهم والذى اختلف عن فرانكفورتر الذى كان يميل إلى محاضرتهم وكأنهم أقل منه، بينما عرف بلاك كيف يتواضع.

وهكذا كلما حاضر فرانكفورتر زملاءه كلما فقد تأثيره عليهم، وقد عاب فرانكفورتر أيضا أنه كان يتكلم بصورة سيئة عن زملائه الذين لا يتفقون معه فاتهم القاضى ميرفى بمحدودية الذكاء واتهم القاضيين بلاك ودوجلاس باللجوء لأسلوب المناورة السياسية، أما بلاك فلم يلجأ أبدا لأسلوب الإهانة الشخصية، ولم يحاول أن يفرض مايريد وإنما كان يعتمد على نتيجة المناقشة.

ونخلص مما سبق إلى أن سبب نجاح بلاك وفشل فرانكفورتر هو أسلوب التعامل مع الزملاء ، وذلك إضافة إلى أن الأول كان أكثر قدرة من الثانى على فهم دور المحكمة فى حماية الحريات الشخصية الواردة بوثيقة الحقوق، وخاصة فى ظل التطورات الحديثة المؤدية إلى توافر حكومة كبيرة ذات إمكانيات تكنولوجية عالية تمكنها من انتهاك الحقوق والحريات الشخصية.

وإذا كان هناك خلاف بين قضاة المحكمة بصورة شخصية فلا بد أن يؤثر ذلك على الحكم ، ففى العشرينات والثلاثينات كان القاضى ماكرينولدز يخرج من قاعة المحكمة التى ينعقد فيها مؤتمرها الأسبوعى كلما تكلم القاضى لويس برانديس أول قاض يهودى بها.

ورغم صعوبة التوصل لحقيقة علاقة كل قاض بزميله داخل المحكمة إلا أن هناك مؤشرا عليها وهو الآراء التى ينشرها القاضى اعتراضا على الأحكام والغالب أنها محترمة ومهذبة إلا أنه يوجد بعض الاستثناءات على هذا الأمر[54].

ومن ذلك أن رئيس القضاة بيرجر كان قد وضع معاييرا فى عهده لقياس مدى دستورية أعمال الحكومة التى تخالف فقرة السيادة فى المجال الدينى ، وأول تطبيق لتلك المعايير كان فى قضية **Lemon** سنة ١٩٧١وطبقت بعد ذلك بصفة منتظمة وسميت **Lemon test**، وحدث فى إحدى القضايا سنة ١٩٧١ أن خرج بيرجر على تلك المعايير.

وهنا خرج القاضى برينن فى رأيه المحتج عن حدود اللياقة فى اعتراضه وأكد أن طلبة القانون يمكنهم أن يصدروا حكما أفضل من ذلك[55].

وفى نهاية الثمانينات ونظرا لقيام الرئيس ريجان بإحداث تعيينات جديدة بالمحكمة تغيرت الأغلبية داخل المحكمة وتغيرت آراء المحكمة بصورة واضحة مع حدوث بعض الشجار بين قضاتها.

ومن القضاة حديثا ذوى النبرة الحادة فى النقد القاضى سكاليا وكان ينتقد المحكمة بعنف قبل دخوله لها، ولما دخلها لم تتغير نبرته.

وفى سنة ١٩٨٩ كانت رغبة سكاليا وثلاثة من زملائه منعقدة على تغيير ماسبق أن سنته المحكمة من قواعد خاصة بالإجهاض ، وكان يحتاج صوتا خامسا هو صوت القاضية ساندرا، ولما كانت ساندرا قد رأت أن هذه القضية ليست مناسبة لسن القاعدة الجديدة فقد هاجمها سكاليا بشدة ، وبصفة شخصية.

ولا شك أن هذا الهجوم - بفرض أن ساندرا كانت مترددة فى الأمر - دفعها إلى أخذ وجهة النظر المعاكسة لسكاليا ، إذ ما الذى يدفعها لتبنى وجهة نظر قاض يهاجمها، إذ إن الأمر حينئذ قد يفهم على أنها خشيت من الهجوم.

ونرى أن الشجار[56] بين قضاة المحكمة يستنزف من رصيد الاحترام الاجتماعى لها ويؤثر بشدة على اتجاهات الأحكام.

المبحث السابع

رأينا فى الموضوع

إن الدراسة السالفة للعوامل التى تؤثر فى صنع الحكم يمكن أن يستخلص منها أن المحكمة مثلها مثل الكونجرس ومؤسسة الرئاسة من حيث الحركة الداخلية فيها ، إذ يشترك القضاة فى مجادلات ومناقشات قد تكون حادة فى بعض الأحيان وذلك حال ممارستهم اختصاصهم تشابه المجادلات التى تحدث فى الكونجرس حال قيامه بالتشريع ، وقد تحدث ضغينة بين القضاة كما يحدث بين أعضاء السلطة التنفيذية.

ولعل بعض المراقبين ينظرون إلى عملية صنع الحكم القضائى عن طريق المفاوضات والمجادلات كما أسلفنا على أساس أنها غير مشروعة أو على الأقل غير مستحبة باعتبار أن المحكمة كيان مستقل

عن السياسة ، ورغم ذلك فإننا نرى أن ذلك لازم للوصول إلى الإجماع فى الأحكام و إلى تحقيق السياسة المرغوبة لقضاة المحكمة ، وعليه وكما رأينا فإن هناك عناصر مختلفة تؤثر فى صنع الحكم ولعل أهمها على الإطلاق هو القيم الشخصية للقضاة لأن القانون عادة مايكون غير واضح وغير حاسم والعوائق البيئية - وكما أسلفنا - محدودة التأثير.

ولذلك فإن قضاة المحكمةالعليا وإلى درجة كبيرة يكونون أحرارا فى اتباع الخطوط السياسة التى يفضلونها، لهذا فإن عملية اختيار أعضاء المحكمة العليا تعتبر هى أهم مسألة فى تحديد اتجاهات المحكمة مستقبليا.

وعلى ذلك فإن تغير سياسة المحكمة مثلا من الاتجاه المتحرر فى الستينات إلى الاتجاه المتحفظ فى السبعينات والثمانينات إنما يرجع أساسا إلى التعيينات التى أجراها نيكسون بعد فوزه فى انتخابات سنه ١٩٦٨ بفارق ضئيل ، ولو أن منافسه هيبرت همفرى قد بذل مجهودا أكثر للفوز أو كان أكثر حظا وفاز لاستمرت المحكمة فى اتجاهها المتحرر لأنه من الطبيعى أنه كان سيعين قضاة متحررين لانتماء ذلك المنافس للحزب الديمقراطى، ولكن من الطبيعى أن العوامل الأخرى المؤثرة فى صنع الحكم لها دور وربما توضح السبب فى أن محكمة متحفظة مثلا قد تتخذ مواقف وأحكام متحررة فى بعض الأحيان، ورئيس القضاة النشط والمؤثر يمكن أن يُسيِّر زملاءه وراءه ومن ثم فإن الذى يريد تحليل وتفهم مواقف المحكمة عليه أن يتقبل ويحلل العناصر المتعددة التى تؤثر فى عملية إصدار الأحكام.

الفصل الثالث

مبدأ التقييد الذاتى

تقسيم :

يقوم ذلك المبدأ على أساس مجموعة من الضوابط تحكم القضاء الدستورى أثناء مباشرته للرقابة تمنعه من الإفراط فى الرقابة وتحده عن التفريط فيها فى ذات الوقت.

ولقد نشأ ذلك المبدأ نشأة أمريكية خالصة ، وتأثرت به إلى حد بعيد محكمتنا الدستورية بعد ذلك.

ولهذا سوف ندرس هذا المبدأ حسبما نشأ فى أمريكا فى مبحث أول ثم ندرس فى المبحث الثانى مالايتعارض مع مبدأ التقييد الذاتى ، وفى المبحث الثالث سوف ندرس المبدأ حسبما فهمته وطبقته محكمتنا الدستورية.

المبحث الأول

عناصر مبدأ التقييد الذاتى فى أمريكا

المطلب الأول

ضرورة توافر متطلبات الادعاء حتى تتدخل المحكمة

لا يجوز تقرير عدم دستورية أعمال كونجرسية أو رئاسية لمجرد مخالفتها للدستور دون توافر عناصر القضية الدستورية ، فالمحكمة لا يجوز لها أن تعطى آراء استشارية أو تنظر فى قضية جدلية لا ترتكز على وقائع ملموسة وهى ما تسمى "moot case" ، فقد تبدو المسأله نزاعا فى الظاهر بخلق من الخصوم إلا أنها فى حقيقتها لا تعد كذلك ، وهكذا لا يجوز أن تصدر الأحكام القضائية لحساب شخص لاتتوافر فيه صفة الخصم لفرض آرائه السياسية على الحكومة.

وإمساك المحكمة عن أن تقضى فى قضية لا تتوافر فيها مقومات النزاع يمكنها من مراعاة مبدأ المسئولية الانتخابية للفرعين التشريعى والرئاسى ، فإن توافرت تلك المقومات فهنا تتدخل المحكمة وتعمل حكم الدستور.

ولما كانت المحكمة تمثل فى الحقيقة عقل الأمة المفكر والضارب على نبض الواقع والذى يأتى لاحقا لما يضعه الكونجرس من قوانين لا يعلم مدى فعاليها وتأثيرها، فمن ثم فإن العمل القضائى يمتاز بأنه يأتى فى مرحلة لاحقة للتطبيق العملى الأمر الذى يستلزم أن يتصل ذلك العمل بالقضايا الواقعية فقط[57] . ومنذ عهد أول رئيس للولايات المتحدة وقد أكدت المحكمة العليا أنها ممنوع عليها دستوريا أن تعطى آراء استشارية "advisory opinions" والتى هى عبارة عن آراء حول دستورية أعمال تشريعية أو رئاسية لم تعرض على المحكمة إثر نظرها لنزاع ما، وكان ذلك بمناسبة أن الرئيس جورج واشنطن كان قد استفسر منها عن طريق وزير داخليته توماس جيفرسون عما إذا كان يجب عليه أن يسأل المحكمة بعض الأسئلة القانونية الناجمة عن الحرب بين إنجلترا وفرنسا، والتى كانت الولايات المتحدة محايدة فيها، فأجابته المحكمة بكل أدب مقررة بأن الأفرع الثلاثة للحكومة تقوم فى إطار من الاحترام المتبادل ورقابة بعضها البعض، وأن كون المحكمة هى الملاذ الأخير يشكل سببا للبحث فى ملائمة القضاء فى المسألة المقدمة، خاصة وأن السلطات المعطاة دستوريا للرئيس لاستدعاء رؤساء الأقسام واستشارتهم قصد بها الأقسام التنفيذية.

واعتذرت المحكمة عما يمكن أن يسببه ذلك من إحراج للسلطة التنفيذية، إلا أنها استدركت وأكدت أنها تثق فى قدرة تلك السلطة على الوصول لوجه الحق فى الأمر[58].

ويتفرع عن فكرة النزاع ضرورة أن يكون المدعى فى منزلة ومكانة معينين تمكنانه من الادعاء بحقه وإلا لا تقبل دعواه وذلك حسبما يبين من القضايا الآتية:

(١) قضية **Allen v. Wright** [59]

تلخص وقائعها فى أن والدى أحد التلاميذ السود رفعا دعواهما ضد مصلحة الدخل الوطنى، " مصلحة الضرائب" والمسماة "**International Revenue Service**" ويطلق عليها اختصار "**IRS**" ،

ادعيا فيها أن تلك المصلحة لم تقم بالتزاماتها القانونية تجاه المدارس الخاصة التى تحدث تفرقة عنصرية، وطالبا بإصدار أمر المنع "injunction" وهو أمر قضائى يكلف المصلحة بالكف عن عملها غير القانونى آنف الذكر .

وهذا العمل وفقا لوجهة نظر الوالدين يتمثل فى أن التعليمات والتنظيمات والإجراءات المتعلقة بالمصلحة تلزمها فى حالة الفشل فى منع التفرقة أن تحرم تلك المدارس من الإعفاء الضريبى ، ولما كانت المصلحة لم تقم بذلك فإنها تكون مقصرة من ناحية ومشجعة على قيام التفرقة من ناحية أخرى.

وقضت المحكمة الأدنى لصالح الوالدين.

ولما وصل الأمر للمحكمة العليا نقضت الحكم تأسيسا على أن المستفاد من نص المادة [60] الثالثة أن السلطة القضائية الفيدرالية تمتد للقضايا والنزاعات فقط، ومن ثم يجب أن يكون المدعى فى منزلة معينة تتمثل فى ادعائه بضرر شخصى نجم عن سلوك غير قانونى للمدعى عليه ويطالب بتعويض عنه.

وهكذا يجب أن يكون الضرر المدعى به مميزا وملموسا "distinct and palapable" وليس خياليا أو ظنيا أو افتراضيا، ويجب أن يكون جبر الضرر ممكنا بحكم قضائى.

وهكذا فإن الشروط التى يجب توافرها فى المدعى ليصل إلى منزلة الادعاء المقبول وفق المادة الثالثة من الدستور، مبنية على مبدأ الفصل بين السلطات والذى يمنع المحاكم القضائية من ممارسة سلطاتها القضائية مالم يكن هناك نزاع يمكن حله عن طريق التدخل القضائى.

ولما كان المدعى يدعى فى القضية الماثلة بأمرين:

أ - إنه أصيب بضرر مباشر من السلوك الحكومى المتمثل فى إعطاء مساعدة مالية لمدارس التفرقة العنصرية.

ب - إن إعطاء الإعفاءات الضريبية الفيدرالية لتلك المدارس سوف يضعف من إمكانية تلقيه لمعاملة عادلة فى المدارس العامة.

فقد ذهبت المحكمة إلى أن المدعى لا تتوافر فيه شروط الادعاء لأن الضرر المدعى حدوثه لا يمكن استمداده مباشرة من السلوك الحكومى المدعى عدم قانونيته ، إذ إن رابطة السببية فى الدعوى ضعيفة "attenuated" وغير مباشرة والضرر ناجم عن سلوك شخص ثالث غير ممثل فى الدعوى وهو الموظفون بالمدارس العنصرية وآباء التلاميذ فيها، والذين جهودهم جميعا من ناحية أخرى لا يتصور تأثيرها على تلقى التلاميذ بالمدارس العامة لتربية لا عنصرية فيها.

وقد اعترض القاضى برينن على ذلك الحكم اعتراضا له وجاهته ، حيث أكد على وجود علاقة سببية مباشرة بين العمل الحكومى المطعون عليه وعدم القدرة على استقبال تعليم فى المدارس العنصرية ، الذى يتأثر بصورة مباشرة وعكسية بالإعفاءات الضريبية المعطاة من جانب مصلحة الدخل الوطنى، ولا جدال أن إلغاء هذه الإعفاءات سوف يقلل من قدرة تلك المدارس على إحداث التفرقة.

(٢) قضية **Valley Forge Christian College v. Americans United**[61]

فى هذه القضية أوضحت المحكمة جيدا الحدود التى تفرضها المادة الثالثة من الدستور على سلطة القضاء الفيدرالى ومتى تكون المحاكم الفيدراليه قد التزمت حدود سلطتها الدستورية ولم تخرج عن

مبدأ الفصل بين السلطات، حيث أكدت على ضرورة وجود ضرر فعلى قابل للإصلاح بواسطة المحاكم "actual injury redressable by the court" وذلك حتى تتحقق متطلبات المادة الثالثة من الدستور ، إذ لايجوز أن تحل الأسئلة القانونية المقدمة للمحكمة فى جو روحانى خال من المنازعات وإنما يجب أن يكون ذلك فى إطار واقعى يؤدى لتقدير ملموس لنتائج العمل القضائى.

والمحاكم الفيدرالية تتنكر دائما للقضايا التى تريد أن تحول العملية القضائية لمجرد وسيلة للدفاع عن مصالح المتفرجين ، ولا يمكن مباشرة السلطة القضائية التى تؤثر بعمق على مصالح الأشخاص والحريات والممتلكات مالم يصب المدعى بضرر واقعى من الأعمال التى يريد قضاء من المحكمة تجاهها[62].

فهذه المحكمة تحجم عن أن تنظر فى دستورية عمل الفرعين الآخرين مالم تكن ملزمة بذلك بأن يطلب الأمر الخصم الذى تستلزم مصالحة ذلك، ويجب أن يطالب المدعى بمصلحته هو لا بمصلحة شخص ثالث، ويجب أن تكون تلك المصلحة أخيرا تقع فى الدائرة المحمية والمنظمة بواسطة القوانين أو النصوص الدستورية.

ونرى أن السماح للمدعى الذى لاتتوافر فيه شروط الادعاء "standing" بأن يطالب المحكمة بالقضاء فى مسائل دستورية مهمة سوف يؤدى لاحتمال تشويه دور القضاء أو طغيان السلطة القضائية وسوف يسوئ علاقته بالفرعين الآخرين.

وهكذا فإن متطلبات الادعاء تمنع الانزلاق إلى حكومة القضاة.

(٣) الحكم فى حالة انتشار الأضرار من جراء القوانين أو القرارات الرئاسية :

يحدث أن ينتشر الضرر الحادث من جراء قانون ما أو قرار ، فهل يجوز لواحد أن يطعن على أى منهما بعدم الدستورية ؟

سنحت للمحكمة العليا أن تجيب على هذا السؤال فى قضية "United States v Richardson"[63] ، حيث طعن أحد دافعى الضرائب بعدم دستورية قانون وكالة المخابرات المركزية (CIA) فيما قضى به من سرية نفقاتها لتعارضه مع البند السابع من الفقرة التاسعة من المادة الأولى من الدستور، والذى يقضى بأن ينشر من وقت لآخر بانتظام تقرير رسمى بإيرادات ومدفوعات جميع الأموال العامة.

وقد قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى استنادا لأن المدعى لا يتميز بوضع خاص عن غيره من دافعى الضرائب ، وأنه وإن كان من الممكن القول بأنه لا يوجد مدع سوف يتمكن من الطعن على القانون استنادا لذلك ، إذ لن يوجد شخص أو فئة تكون دعواها مقبولة، فإن ذلك نتيجة لا مفر منها ويجب أن يكون الأمر مرده للكونجرس وفق مايحدده النظام السياسى ، إذ ينشئ الدستور حكومة ممثلة للشعب ومسئولة أمامه ويمكنه محاسبتها عن طريق صندوق الاقتراع ، فإذا لم يقم الكونجرس أو الرئيس بدوره فيمكن تغييرهما عندما يستطيع المواطنون المعترضون على السياسة المتبناة من أى منهما إقناع غيرهم بما يشكل الأغلبية الكافية للتغيير.

وذهبت المحكمة إلى أن هناك مخاطر كبيرة بإحداث فساد لفاعلية المحاكم الفيدرالية إذا ماتم توسيع مصادر السلطة المحددة بالمادة الثالثة من الدستور بما يخرج المحاكم عن دورها الدستورى

والتاريخى لتقبل قضايا أحضرت أمامها بواسطة أشخاص لهم مصالح عامة لا يمكن تمييزها عن مصالح بقية المواطنين أو دافعى الضرائب.

(٤) وقد سمحت المحكمة العليا بالادعاء بضرر مستقبل ، حيث أكدت على توافر متطلبات الادعاء لجماعة[64] بيئية تقطن على ضفاف بحيرتين تم إنشاء إحدى المحطات النووية بجوارها ، وكان الطعن ينصب على عدم دستورية قانون يضع حدا أقصى للحادث النووى الواحد بمبلغ ٦٥٠ مليون دولار.

المطلب الثانى

قرينة الدستورية لصالح التشريع

بالنظر لما للرقابة الدستورية من حساسية عالية، وأثر عميق فإنه ينبغى أن تكون كل قرينة ممكنة لصالح دستورية التشريع المطعون فيه ما لم تنقض هذه القرينة بإقامة دليل قطعى يقضى حول كل شك معقول حول دستوريتها[65]. وبالإضافة لما تعنيه هذه القرينة من أن الأصل هو سلامة التشريع الصادر عن الكونجرس ، وأن على المدعى إثبات العكس ، فإنها تعنى فوق ذلك أمرين : أولهما أن المحكمة لا تقضى بعدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحا وقطعيا ، ولا يثير أى شك[66] .

وثانيهما أن المحكمة تتخير للتشريع المطعون عليه بعدم الدستورية التفسير الذى يجعله موافقا للدستور إذا كان يمكن منحه أكثر من تفسير، أما إذا كان الظاهر من صياغة أحكامه أنها لا تحتمل أى لبس فى فهم معناها فيجب تفسيرها حينئذ وفقا للمقصود الحقيقى منها.

هذا وتختلف قوة القرينة باختلاف التشريعات فهى أقوى بالنسبة للتشريعات الاتحادية عنها بالنسبة لتشريعات الولايات.

وأساس ذلك أن القضاء الاتحادى حين يبحث فى دستورية التشريعات من النوع الأول فهو حينئذ يراقب أعمال سلطة مساوية له من سلطات الدولة ويفترض فيها احترام الدستور وحدوده، أما حين تمارس حكومات الولايات اختصاصا تنازعها فيه الحكومة المركزية فحينئذ لا يكون ثمة مايدعو لترجيح ادعاء الولاية فيما تذهب إليه وتكون المحكمة حرة فى اختيار التفسير الذى ترجحه للقانون والدستور ، إلا أن القرينة المذكورة سرعان ماتعود إذا ماتعلق التشريع بموضوع لا خلاف على اختصاص حكومات الولايات بالتشريع فى شأنه.

هذا ويقوى من القرينة أحد الأمرين الآتيين :

(١) أن يكون التشريع مقتبسا من تشريع مماثل صادر فى ولاية أخرى، وتكون المحكمة العليا فى هذه الولاية الأخيرة قد قضت بدستوريته [67].

(٢) قدم العهد بالتشريع واستقرار المراكز والحقوق استنادا إليه، وهذا القدم وإن لم يمنع القضاء بعدم دستوريته إلا أنه يدفع إلى التردد فى القضاء بذلك.

ويلاحظ أخيرا أن قرينة الدستورية تتضاءل وتتحول لقرينة عكسية إذا كان التشريع يسعى لتنظيم مجال يمنع الدستور من التدخل فيه أصلا ، وأهم مجال فى ذلك هو التشريعات المقيدة لحرية الرأى والتعبير. ولعل أوضح تعبير عن هذه الفكرة كانت قضية توماس ضد كولين ، وقد دار البحث فى تلك

القضية حول دستورية تشريع صادر فى ولاية تكساس يمنع عقد اجتماعات أو الدعوة للانضمام إلى منظمة عمالية مالم يحصل الداعى على بطاقة أو إذن سابق يشتمل على بيانات معينة رتبها القانون.

ولما عرض الأمر على المحكمة قالت إن هذه القضية تواجه المحكمة من جديد بالواجب الذى يلقيه على عاتقها الدستور، وهو أن تقرر متى تنتهى الحرية الفردية و تبدأ سلطة الدولة، وهذا التحديد وإن يكن صعبا ودقيقا بطبيعته فهو هنا أدق وأصعب ، حيث يوازن قرينة الدستورية المعتادة مايمنحه التعديل الأول للحريات الأساسية المذكورة فيه من مركز دستورى ممتاز.

وبغض النظر عن مدى التأثير الذى تلقاه هذه الفكرة داخل قضاة المحكمة العليا فلا شك أن المحكمة تنظر بعين الشك والريبة ناحية كل محاولة من الحكومة المركزية أو حكومات الولايات لتقييد الحريات الفردية أو تنظيمها على نحو يتضمن انتقاصا منها، وبذلك تتضاءل قيمة قرينة الدستورية بل تنعدم فى بعض الأحيان، ويصل الأمر فى أحيان أخرى إلى أنها تتحول لقرينة عكسية كما تقول بعض أحكام المحكمة.

المطلب الثالث

استبعاد الأعمال السياسية

استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور استبعدت المحكمة العليا الأعمال السياسية من نطاق رقابتها الدستورية.

وقد اعتبرها د. كمال[68] أبو المجد صورة أمريكية من صور أعمال السيادة المعروفة فى النظامين الفرنسى والمصرى.

وتقوم نظرية الأعمال السياسة على أساس استبعاد المسائل غير القابلة للفصل القضائى فيها من نطاق الرقابة.

ويتبنى المحكمة العليا لهذه النظرية فإنها تكون قد مزجت بين الاعتبارات الدستورية والسياسية [69].

وقد جاءت بداية هذه النظرية فى قضية[70] **Luther v. Borden** والتى تلخص وقائعها فى أن المتهمين اقتحموا منزل المدعى وقبضوا عليه فرفع دعواه طالبا التعويض عن ذلك الفعل، فدفع المدعى عليهم الدعوة بأنهم اقترفوا الفعل الآنف بحسبانهم ممثلين لحكومة ولاية رود أيلاند و لتأدية واجبهم لاشتراك المدعى فى العصيان المسلح ضد الحكومة الشرعية. ولما وصلت القضية إلى المحكمة العليا كتب الحكم فيها رئيس القضاة تانى الذى قرر أن أساس الفصل فى النزاع يتوقف على تحديد الحكومة الشرعية القائمة وقت اقتراف الفعل محل الموضوع ، ولو أنكرت المحكمة الحكومة الشرعية وقتها لترتب على ذلك أن كل الأفعال الحكومية كالقوانين التى سبق إصدارها وتجميع الضرائب ودفع المهايا سيكون لا شرعية له ، وستعد أفعال رجال الضبط فيها غصب للسلطة ، بل قد تمثل أحيانا جرائم جنائية، وهو الأمر الخطير الذى يجب أن يوكل للسلطة السياسة تقريره وليس للمحكمة دخل به.

وعن استمساك المدعين بفقرة الضمان **"Guaranty Clause"** الواردة بالدستور، أكد رئيس المحكمة ، أن هذه الفقرة إذا كانت تعطى السلطة لأحد أفرع الحكومة للفصل فى المسألة المعروضة، فإنه بالقطع ليس هذا الفرع هو القضاء، وعلى الكونجرس أن يفصل فيمن هى الحكومة الشرعية للولاية إذ ينقص المحكمة

المعايير التى بواسطتها تستطيع أن تحدد الشكل الجمهورى للحكومة.

وأخيرا نبه ثانى إلى عدم جواز تجاوز السلطة القضائية لاختصاصها بحجة فقرة الضمان وإلا كانت هذه الفقرة ضمانا للفوضى "**anarchy**" وليست ضمانا للنظام.

مسائل التقسيم

تعتبر مسائل التقسيم من المسائل التى استخدم فيها مبدأ الأعمال السياسية كثيرا، وقد نشأت مشكلة دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية فى الولايات المتحدة بسبب عدم العدالة فى رسم الدوائر الانتخابية والذى ساد طويلا من جانب المشرع الاتحادى ومشرعى الولايات ، حيث كان النمط الغالب فيها هو تقسيم الدوائر بطريقة تمكن المناطق الريفية التى يتركز فيها البيض من اختيار عدد كبير من النواب لا يتناسب مع عدد السكان، أما مناطق المدن التى يسكن غالبيتها ملونون، فإنه على الرغم من عدد سكانها فقد كانت لا تشترك إلا فى اختيار عدد محدود من النواب.

وقد أدى هذا الأمر إلى اختلاف القوة التصويتية "**The Voting Power**" بصورة صارخة بين البيض والسود.

و فشلت كل المحاولات السياسة لإعادة رسم الدوائر الانتخابية بصورة فعالة، بل إنه لما نجحت إحدى المحاولات عام ١٩٢١ فى ايلينوى وأصدرت الولاية تشريعا بإعادة تقسيم الدوائر بصورة عادلة أبطلته المحكمة[71] .

وقد درجت المحكمة العليا على اعتبار مسائل إعادة التقسيم من قبيل المسائل السياسية التى لا يجوز توريطها فيها.

وفى سنة ١٩٦٢ عدلت المحكمة عن ذلك لأول مرة فى القضية الشهيرة باسم **Baker v. Carr**[72].

وتلخص وقائع تلك القضية فى أن بعض المصوتين بولاية تنيسى رفعوا دعوى طالبين فيها القضاء بعدم دستورية القانون الصادر سنة ١٩٠١ والذى وزع أعضاء البرلمان فى الولاية بين ٩٥ مقاطعة ، بحسبان أن عدد الأصوات الانتخابية التى روعيت فى ذلك التاريخ كأساس للتوزيع قد تغير مع مضى السنين نتيجة النمو الكبير فى عدد السكان، مع إعادة توزيعهم بنسب مختلفة على المقاطعات، وطالبوا بتحريم الانتخاب وفقا لهذا القانون وإجرائه وفقا للأشكال الفيدرالية أو عن طريق انتخابات على نطاق الولاية كلها كدائرة واحدة.

وكتب رأي المحكمة القاضى برينن، وذهب إلى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى وعدم انطوائها على أسئلة سياسية.

وقد ذكرت المحكمة فى حكمها معايير ستة لما يعتبر سؤالا سياسيا هى كالتالى :

١- وجود نص دستورى يلزم بنظر الأمر عن طريق قسم سياسى متساو مع المحكمة .

٢- نقص المعايير القضائية التى تمكن من حل القضية.

٣- استحالة التقرير فى القضية إلا وفق سياسة مبدئية يبدو جليا عدم اختصاص المحكمة بها.

٤- استحالة انتهاء المحكمة لحكم فى النزاع لا ينطوى على نقص الاحترام الكافى للفرعين

الآخرين بالحكومة.

٥- الحاجة غير العادية للتمسك بقرار سياسى اتخذ بالفعل وليس محلا للقضية ولا يمكن الفصل فيها بدونه.

٦- أن يكون الأمر قد أدلت فيه العديد من الأقسام السياسية بدلوها مما يشكل حرجا على المحكمة.

وعن المعيار الأول والمتعلق بوجود نص دستورى يلزم بنظر الأمر عن طريق قسم سياسى متساو مع المحكمة ، فلعل أبرز مثال له ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة الأولى من الدستور من أنه "يكون كل مجلس حكما فى انتخابات أعضائه ونتائجها والشروط اللازم توافرها فيهم".

وهذا النوع من المسائل من الوضوح بحيث إنه - ربما- لا تحتاج المحكمة بشأنه إلى إثارة فكرة المسائل السياسية إذ يكفيها أن تشير إلى اختصاص غيرها بنظر المسألة ومن ثم عدم اختصاصها هى بذلك.

وعن المعيار الثانى المتعلق بنقص المعايير القضائية التى تمكن من حل القضية فإن مثاله بعض المسائل - وليس كلها - المتعلقة بالسياسة الخارجية، ومثال ذلك ماقررته المحكمة من أن التثبت من صحة توقيع دولة على إحدى[73] المعاهدات مسألة سياسية ، وكذا رفض المحكمة الفصل فى المسألة المتعلقة بالحرب الأمريكية الفيتنامية.

وعن المعيار الثالث وهو استحالة التقرير فى القضية إلا وفق سياسة مبدئية يبدو جليا عدم اختصاص المحكمة بها فإن مثاله قضية **Luther** سالفة الذكر، إذ دعيت المحكمة لتحديد الحكومة الشرعية فى الولاية بين الجهتين المتنازعتين ، ورفضت المحكمة الفصل فى ذلك لأنه من الأمور السياسية التى يملك الكونجرس والسلطة التنفيذية الكلمة فيها وليس المحكمة، وقد عبر الرئيس عن رأيه فى النزاع باستخدام السلطة المخولة له بمقتضى الدستور حيث أرسل فرقا من الجيش الاتحادى لإخماد الثورة مما يعنى أن الحكومة القائمة فى ظل الدستور هى وحدها - فى تقديره - الحكومة الشرعية، وسوف يتاح للكونجرس أن يقول كلمته فى الخصومة بقبوله النواب والشيوخ من إحدى الحكومتين لتمثيل الولاية فى الكونجرس ، وتلك كلها قرارات تملك السلطة التشريعية والتنفيذية فيها تقديرا لا يسع القضاء أن يراجعها فيه.

وعن المعيار الرابع وهو استحالة انتهاء المحكمة لحكم فى النزاع لاينطوى على نقص الاحترام الكافى للفرعين الآخرين، فإن القضية الآنفة أيضا تصلح للتمثيل له.

وتعد قضية فوستر ضد نيلسون أيضا كذلك إذ أثير البحث فيها حول صحة قرار منحت به الحكومة الأسبانية عام ١٨٠٤ بعض الأراضى الواقعة شرق نهر المسيسبى إلى عدد من الأفراد ونازعتها الحكومة الأمريكية فى ملكيتها.

ولما عرض الأمر على المحكمة العليا امتنعت عن بحث تلك المشكلة الدولية مقررة أنه مادامت الهيئات السياسية فى الحكومة الأمريكية «أى الكونجرس والرئيس» قد اتخذت موقفا صريحا من هذه المشكلة بتقريرها ملكية الولايات المتحدة لتلك الأراضى ، فليس للمحكمة مطلقا التعقيب على ذلك، إذ إن هذه المشكلة بطبيعتها ذات صفة سياسية تجعل الكلمة النهائية فى شأنها للسلطتين التشريعية والتنفيذية[74].

وعن المعيار الخامس وهو الحاجة غير العادية للتمسك بقرار سياسي اتخذ بالفعل وليس محلا للقضية ولا يمكن الفصل فيها بدونه، فلعل أقرب مثال له هو قضية لودك ضد[75] واتكنر سنة ١٩٤٨، والتى قضت فيها المحكمة بأن تحديد حالة الحرب من المسائل السياسية التى يستقل بتقديرها الرئيس دون معقب عليه من المحكمة.

وكانت القضية تتعلق بسلطة الرئيس فى إبعاد الألمان عقب انتهاء الحرب واستسلام الجيوش الألمانية ، وكان الرئيس قد اعتبر أن الحرب لم تنته بمجرد وقف إطلاق النار بين الجانبين.

وذهبت المحكمة إلى أنها لا تملك مراجعة الرئيس فى موقفه بحسبان أن ذلك التقدير من المسائل السياسة التى لا يملك القضاة الوسائل القانونية الكافية لوزنها، فضلا عن أنها ليست الجهة المسئولة عنها مسئولية رسمية.

ولعل أقرب مثال للمعيار السادس - وهو أن يكون الأمر قد أدلت فيه العديد من الأقسام السياسية بدلوها مما يشكل حرجا على المحكمة - هو حرب فيتنام حيث رفضت المحكمة القضاء بشأنها.

ونرى أن البين مما سلف أنه مهما اجتهد المرء للتمثيل للمعايير التى وضعتها المحكمة العليا فى قضية بيكر والتى لازال معمولا بها حتى تاريخه ، فإن الحقيقة هو أن تلك المعايير والتى تعبر عن المسائل السياسية هى معايير فضفاضة ومتداخلة فى بعضها بحيث يصعب تحديد تخوم كل معيار على حدة، فقد رأينا كيف أن حرب فيتنام تعد مثالا جيدا للمعيار الثانى والسادس معا وغيره كثير ، ويبدو أن المحكمة يسعدها هذا التداخل وعدم التحديد ، بل هى قد قصدته ابتداء حتى تسمح لنفسها بقدر كبير من التحرك والمرونة فى هذا الشأن حسبما تقتضيه الأحوال، بحيث تستطيع أن تبسط اختصاصها أو تقبضه تبعا للظروف السياسية المحيطة بها ووقائع القضية.

المطلب الرابع

عدم امتداد الرقابة إلى بواعث التشريع أو ملاءمته

تضم تلك القاعدة أمورا ثلاثة بين جنباتها:

أولا : إن المحكمة لاتناقش ضرورة التشريع أو عدم ضرورته.

فمنذ حكم المحكمة فى قضية ماك كولوك ضد ماريلاند قررت أنه[76] إذا تبين أن تشريعا معينا يدخل فى اختصاص الكونجرس إما بالنص الصريح عليه فى الدستور ، أو تأسيسا على نظرية الاختصاصات الضمنية السابق شرحها، فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل فى اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتباره عنصرا من عناصر السياسة التشريعية التى يمتنع علي المحاكم التدخل فيها، هذا فضلا عن انعدام كل صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.

ثانيا : إن المحكمة يمتنع عليها إصدار حكم تقويمى على القانون من ناحية ملاءمته أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية ، إذ إن ذلك من أخص مظاهر السلطة التقديرية التى تتمتع بها الهيئة التشريعية.

ثالثا : امتناع المحكمة عن الخوض فى بواعث التشريع.

وأول حكم قررت فيه المحكمة ذلك كان سنة ١٨١٠ فى قضية فلتشر ضد بك إذ قررت المحكمة بأنه إذا كان التشريع مستوفيا لكافة الشروط والأشكال القانونية ، فإن المحكمة لا تستطيع أن تؤيد أحد الخصوم فى طعنه بعدم دستورية ذلك القانون بحجة أنه صدر عن بواعث غير شريفة أثرت على بعض أعضاء الهيئة التشريعية التى سنت القانون.

وحسبما يرى د. أبو المجد فإن البواعث غير الشريفة قلما تستولى على الهيئة التشريعية كلها أو على جانب كبير منها بحيث يمكن القول بأن التشريع قد صدر عن باعث غير شريف أو غير مشروع سيطر على الهيئة التى أصدرته.

المبحث الثانى

مالايتعارض مع مبدأ التقييد الذاتى

(١) لا يتعارض النشاط القضائى مع مبدأ التقييد الذاتى رغم وجود خلاف حول هذا النشاط ، وهى الحالة التى يعطى فيها القضاء من عنده معان معينة لنصوص دستورية ليس لها تعريف ذاتى واضح ، ومثال ذلك أن الدستور يعطى الكونجرس سلطة تنظيم التجارة بين الولايات وذلك فى الفقرة الثامنة [77] من المادة الأولى، والفهم الضيق لهذه الفقرة كان يمنع الكونجرس من تنظيم أحوال العمالة بينما التفسير المعاصر لتلك الفقرة جعل له الحق فى تنظيم الحقوق المدنية برمتها.

والحاجة إلى الدور القضائى لتفسير النصوص ذات المعانى الغامضة أمر لاجدال فيه ، فوثيقة الحقوق التى تضمنت التعديلات العشرة الأولى للدستور انطوت على العديد من التعبيرات التى تحتاج إلى شرح ومواءمة وإعادة مواءمة بحسب الظروف والأحوال ومن ثم لابد أن تتدخل المحكمة لتوضيحها ، فتوضح مثلا متى يكون التفتيش والاعتقال غير معقولين "التعديل الرابع[78]، ومتى يجب إعمال حق الاستعانة بمحام " التعديل السادس"، [79] ومتى تكون الكفالات مبالغ فيها والعقوبات قاسية وغير معتادة " التعديل الثامن " .

ولا شك أن التعديل الرابع عشر[80] للدستور يمكن المحكمة من مباشرة نشاط واضح ، ففقرة الإجراء المشروع هى المصدر لحق الخصوصية ، وفقرة الحماية المتساوية هى العلاج الفعال للتفرقة العنصرية ، وقد كان هذا التعديل الأخير سببا كبيرا للهجوم على المحكمة بحسبانها تقضى من عندياتها بعدم الدستورية وتحاول إلباس الأمر بلباس دستورى.

وقد يكون لهذا الاعتراض وجه بسيط من الصحة إذ عندما ننظر إلى الحماية المتساوية المقررة بنص التعديل الرابع عشر سنة ١٨٦٨ نجد أنه بداية لم تنظر إليه المحكمة كإلزام دستورى، ورآه هولمز [81] من أكثر من سبعين عاما على أنه وسيلة للمجادلة الدستورية ، وكانت النظرة السالفة على ذلك تعتد به على أساس مبدأ الفصل [82] مع المساواة ثم أعيد تعريف التعديل الرابع عشر بما يلزم بمنع [83] التفرقة العنصرية ومن ثم العدول عن مبدأ الفصل تماما بما يسمح بدعاوى إيجابية [84] فى

هذا الشأن ، ثم أصبحت هذه الفقرة حاليا هى الوسيلة الناجعة فى القضاء على التفرقة العنصرية.

وماسلف يبرز لنا أن المحكمة العليا في كل قضاء لها تبرز الأمر فى ثوب دستورى رغم تنوع الأحكام واختلافها ، وهذا يثبت عكس ماقرره مارشال من أن الحكومة حكومة قانون وليس حكومة رجال ، إذ المدقق فى الأمر يستبين له أن الحكومة حكومة قانون ورجال معًا ومع تغير القضاة تتغير الأحكام.

وفى أثناء حملة الرئيس بوش للرئاسة وعد بأنه حال نجاحه سيعين قضاة يطبقون الدستور كما هو مكتوب.

والحقيقة أن هذه مقولة حق يراد بها باطل، إذ إن الفقرات ذات النهاية المفتوحة - وحسبما أسلفنا - لا يمكن تطبيقها كما هى بل لابد أن يعطيها القاضى مفاهيم تؤدى لتنوعها بتنوع الأشخاص والزمان.

وإذا كان هناك مبادئ دستورية تستمد معانيها من الدستور فإن هناك مبادئ أخرى كحرية العمل وتكوين الجمعيات وحق الخصوصية يعز فهمها بغير جهد قضائى لا تتعارض طبيعته مع التقييد الذاتى، وتكون الدعوة إلى التقييد فى هذه المجالات تمثل نشاطا معاكسا يهمل الحقوق الدستورية.

وأكبر مثال على ماسلف أنه باسم التقييد - الزائف - قضت المحكمة فى قضية العبد دردسكوت بأن وفاق ميسورى الذى يحظر على المواطن أن يحوز أو يتملك الرقيق فى مكان محدد غير دستورى، وأنه لايوجد شخص أسود سواء كان حرا أم عبدا يعد مواطنا أمريكيا بحسبان أن واضعى الدستور نظروا إلى السود بوصفهم أدنى منزلة ولايمكن منحهم أى حق من حقوق المواطن ، بل ولايستطيع الكونجرس تحريم العبودية إذ لا سلطة له فى ذلك[85].

وقد كان هذا الحكم سببا مباشرا فى قيام الحرب الأهلية، وقد أسس مفهوما ثابتا للتعديل الخامس المتعلق بالإجراء المشروع، وحقا ثابتا فى ملكية العبيد يعوق أى تدخل من قبل الكونجرس.

وهكذا أظهر هذا الحكم تفضيلا لقيم على أخرى بتفضيل مصلحة مالك العبد فى الملكية على مصلحة العبد فى الحرية والمساواة.

ويلاحظ أن الهجوم على المحكمة لا يأتى نتيجة نشاطها أو تقيدها وإنما يرتبط بنتائج الرقابة عمليا، فعدم الاتفاق مع النتائج هو أساس الهجوم، وقد حدث أن أدينت الكثير من المبادئ الدستورية التى تبنتها المحكمة واعتبر الأمر نزوة قضائية ، وكان الأمر فى حقيقته تفكيرا ثوريا من المحكمة ليس أكثر. وهكذا نرى ألا يُقيِّم الحكم برد الفعل الشعبى له فى الأيام الأولى أو حتى السنوات الأولى.

ومهمة إعطاء الحيوية للنصوص الدستورية تحتاج من المحكمة العليا ليس الفهم للنصوص الدستورية فقط وإنما القدرة على مواءمتها مع متطلبات المجتمع المتنوعه.

(٢) ابتهال المحكمة من القيم الخارجية [86] - لايتعارض مع التقييد الذاتى إذ هو أمر لازم لتحقيق نشاطها فى المجالات المختلفة.

ومثال ذلك أن حق الاشتراك فى الجمعيات "freedom to associate" هو من صناعة المحكمة أكثر مما يكون صنعه الدستور إذ أكدت المحكمة ارتباطه بحريات التعبير والصحافة والتجمع

السلمى. بل إن القاضى بلاك الذى كان يعارض تقرير حقوق ضمنية أكد على وجوده كحق دستورى.

وقد أدى إقرار هذا الحق إلى منع موظفى الجنوب من الحصول على أسماء منظمى الحقوق المدنية ومسانديها ليعطلوا أنشطتهم [87].

ولما كان التعديل الرابع يحمى من أعمال التفتيش والاعتقالات غير المبررة والتعديل الخامس يحمى من الشهادة ضد النفس والتعديل السادس يقرر حق الاستعانة بمحامين للدفاع عن المتهم، ولأن هذه النصوص ليست منفذة ذاتيا فقد شكلت المحكمة - ابتهالا من القيم الخارجية - مجموعة من المبادئ للمساهمة فى إعطاء تلك التعديلات الحيوية ، فاستنت المحكمة قاعدة الاستبعاد "**exclusionary rule**" وقاعدة تحذيرات الميراند "**Miranda Warnings**" .

والقاعدة الأولى هى عبارة عن استبعاد الدليل غير المشروع من أدلة الإثبات، والقاعدة الثانية هى عبارة عن تنبيه المتهم المقبوض عليه إلى حقه فى الصمت قبل سؤاله بوليسيا.

وهكذا طورت المحكمة الوسائل التى تضمن حقوق المتهم مع تجنب التدخل غير المناسب فى النشاط البوليسى ، وطبقت المحكمة قاعدة الاستبعاد فى مجال الإجراءات الجنائية لمدة ربع قرن على المستوى الفيدرالى فقط قبل أن تمدها إلى مستوى الولايات ، وذلك بعد أن أيقنت أن الوسائل الأخرى للعلاج على مستوى الولايات غير فعالة، ومن أمثلة تلك الوسائل التعويض المدنى إذ ثبت فشلها لارتفاع تكاليف الخصومة ولعدم ثقة الطوائف المهضوم حقها فى الشكوى من التصرفات البوليسية. كما تعد وسيلة التأديب والتهذيب البوليسى من الوسائل التى ثبت فشلها أيضا.

وهكذا إدراكا ووعيا من المحكمة بحقيقة القيم والأوضاع الخارجية المتمثلة فى إهمال الولايات القيام بالتزامها فى تحجيم وردع الممارسات البوليسية غير المشروعة ، فقد طبقت قاعدة الاستبعاد عليها[88].

وبالنسبة لتحذيرات الميراند فقد تطور الأمر تدريجيا هو الآخر، إذ إن الضمانات المنصوص عليها فى التعديل الرابع والخامس والسادس لن تكون ذات جدوى إذا قهر المتهم على الاعتراف ومن ثم نظرت المحكمة بداية للظروف المحيطة بالاعتراف، وما إذا كانت تؤهل للثقة فيما ورد به من عدمه [89]، ولما ثبت لها صعوبة التثبت من الأمر فقد طورت المحكمة من القاعدة وأصبحت لا تكترث بالاعتراف المتأخر بصورة غير معقولة [90]، إدراكا من المحكمة بأن الاشتراك القضائى سوف يحرم البوليس من فرصة الانفراد بالمتهم وقهره على الاعتراف.

وقد أظهرت المحكمة أن الدستور هو الذى فرض تلك التحذيرات وكذا قاعدة الاستبعاد.

ولما كان الثابت أن هاتين القاعدتين يؤخذ بهما حتى تاريخه ، فإنه حتى ولو تبين التضييق من نطاقهما فى القضايا اللاحقة، فإن ثبوتهما وصمودهما أكبر دليل على قدرة المحكمة العليا على تشخيص الاحتياجات الدستورية وربطها بالقيم الخارجية لتشكيل معايير دستورية مناسبة.

ويبدو ابتهال المحكمة من القيم الخارجية واضحا - حقا - فى قضية براون سنة ١٩٥٤ إذا أدركت المحكمة حساسية التغيير الفورى فى المجال العنصرى، ومن ثم بدلا من أن تطلب الخضوع الفورى وضعت خطة علاجية تدريجية قصد منها إعطاء الفرصة الكاملة للحكومة الفيدرالية والولايات لوضع الأفكار المحققة للمساواة التامة، وحدثت مراوغات كبيرة لحكم المحكمة من قبل المحاكم

وموظفى الولايات. وأدرك القائمون على المدارس أن تغيير الواقع العنصرى يستلزم قدرات غير متوافرة ولا قادرة على التنافس مع العنصرية لذا عمدوا إلى تجاهل الحكم، ونصت بعض قو انين الولايات على شطب المحامى الذى يسعى لتغيير الطرق المقررة.

ورأى البعض أن الحكم أعاد إشعال الظروف المشابهة لتلك التى قسمت الأمة إبان الحرب الأهلية.

وحاولت ولاية أركانسو مثلا سن قانون يحرر الطلاب من الحضور الإجبارى بالمدارس مزدوجة العنصر.

وعملت المحاكم الفيدرالية الأدنى على تجنب الإدانة القانونية للمسئولين الذين يسهلون الإجراءات العنصرية.

وهكذا أدركت المحكمة أن القيم المحيطة المتعلقة بالعنصرية تفضى إلى أن دورها الحق هو أن تعطى إشارة البدء لإنهاء التفرقة وعلى الكونجرس والحكومة تكملة الأمر وهو ماحدث بالفعل، فأصدر الكونجرس قانون الحقوق المدنية سنة ١٩٦٤ والذى خول لوزارة العدل وضع القواعد اللازمة لمنع التفرقة ، كما منع هذا القانون المساعدة الفيدرالية للبرامج التى تساعد على التفرقة.

وصدرت بعد ذلك مجموعة من القوانين التى تضمن المساواة فى التعليم والتوظف والسكن... الخ.

وقام الرئيس ايزنهاور بإرسال وحدات عسكرية لإحدى المناطق لإجبارها على المساواة [91].

(٣) ويثور الخلاف حول القانون الطبيعى وحول الاعتداد به فى مجال الرقابة الدستورية إذ يؤمن فريق به ولايجد خجلا فى الإعلان عن مبادئ أساسية مستمدة منه لا وجود لها داخل الوثيقة الدستورية، بحسبان أن حقوق الإنسان سابقة على أى حكومة منظمة.

فبعد فترة قصيرة من التصديق على الدستور بدأت المحكمة فى نظر المجادلات التى أثيرت حول دور القضاء فى تقرير الحقوق والحريات غير المعرفة دستوريا، واستطاعت المحكمة أن تقرر مبادئ غير معرفة بما فيه الكفاية فى الوثيقة الدستورية.

وفى سنة ١٧٩٨ فى قضية **Calder v. Bull**[92] أكد القاضى إيردل أن الاعتماد على القانون الطبيعى حال فحص دستورية القوانين سوف يجعل الأيديولوجية الشخصية للقضاة هى السائدة، وهو أمر خطير إذا ماقورن بقياس الأعمال التشريعية بالبنود الدستورية المنصوص عليها للحكم على شرعيتها.

وقد أعيد صياغة موقف القاضى إيردل عندما اعترض القاضى بلاك على تقرير حق الخصوصية إذا اعتبر إعلان المحكمة لهذا الحق هو نتاج للقانون الطبيعى وقيم وراء الدستور ، ونظرا لرفضه ذلك فقد أيد تدخل الحكومة فى مجال الخصوصية البشرية بما تشاء من تشريعات طالما لا توجد نصوص دستورية [93] تحرم ذلك ، وأكد بلاك أن القضاء الطبيعى سوف يجعل القاضى يحدد ماهو دستورى من عدمه على أساس من تقييمه الذاتى لمدى حكمة القانون وضروريته. وتوجد وجهة نظر معارضة للقاضى تشاس (**Chase**) ، إذ أكد سيادته على أن المواطنين أعطوا الحكومة سلطات مقيدة بالدستور والقانون الطبيعى ، فالحماية القضائية للحقوق الطبيعية غير المعدودة و غير المحدودة بالدستور تحقق صيانة إرادة المواطنين.

وإذا كان لنا أن ندلى برأينا فى العناصر الثلاثة المذكورة سلفا، فإننا عندما ننظر إلى الجمل الدستورية ذات النهايات المفتوحة وإلى التعديلات الدستورية التى تتصف بذات الصفة نصل إلى استنتاج مؤكد، وهو أن الذين وضعوا الدستور كانوا يعلمون الحاجة إلى التغيير لمواكبة التطور ولتلبية احتياجات الأجيال اللاحقة، لذا عمدوا إلى جعل كثير من المصطلحات فضفاضة واسعة ومتحركة مع الأجيال، ولا يتصور أن تؤدى التعديلات الدستورية بمفردها إلى القضاء على الخلاف والجدال ، وإنما الذى يمكن أن يحقق هذه النتيجة - إلى حد بعيد - قضاة المحكمة العليا الأمريكية عندما يفحصون ويشرعون المبادئ الدستورية بنية حسنة لا خبث فيها ، إذ يمكنهم ذلك من تحقيق نتائج أفضل من التعديلات الدستورية بكثير.

ومما سلف نستنتج أن النشاط القضائى ، والابتهال من القيم الخارجية والقانون الطبيعى غير مكروه فى ذاته وإنما المكروه فيه هو المبالغة المؤدية لحكومة القضاة.

وإذا نظرنا للمفهوم الحقيقى للتعديل التاسع للدستور نجد أنه يدعو إلى النشاط ويحبذه عندما يؤكد أن "ذكر حقوق معينة فى الدستور لن يفسر على نحو ينكر أو ينتقص من الحقوق الأخرى التى يحتفظ بها الشعب" ، وإذا رجعنا لتطبيقات المحكمة العليا لهذا التعديل نستخلص أن المحكمة متقيدة جدا إذ تستطيع أن تستند لهذا التعديل الذى ينطوى على تفويض لها لتنشط فى مجالات غير محصـــوره ولتستند إلى القانون الطبيعى الذى يعتبر التعديل التاسع قد أشار إليه. وهكذا يمكن القول إن المحكمة العليا عندما تأخذ بأى من العناصر الثلاثة المذكورة فإنها لا تخالف بحال مبدأ التقييد الذاتى، وأنها أقل نشاطا - على الإجمال - مما تخيله الآباء حال وضع الدستور وتعديلاته.

المبحث الثالث

مبدأ التقييد الذاتى فى مصر

اقتبست محكمتنا الدستورية مبدأ التقييد الذاتى من أمريكا، وفى شرح للمبدأ أكدت المحكمة بأنه "من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتنصل من اختصاص نيط بها وفقا للدستور أو القانون أو كلاهما وعليها كذلك - وبنفس القدر - ألا تخوض فى اختصاص ليس لها ، ذلك أن إنكارها لولايتها أو مجاوزتها لتخومها ممتنعان من الناحية الدستورية ولايجوز من ثم أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازما ولو لابستها صعوبات لها وزنها أو قارنتها محاذير لها خطرها - بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يتعين أن تكون هذه الرقابة - لضمان فاعليتها - محددة طرائقها ومداخلها ، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس فى إطار مجموعة من الضوابط التى تضعها الهيئة القضائية التى تتولاها ، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحد بها من حركتها لضمان أن تكون الرقابة على الدستور منحصرة فى حدودها المنطقية ، فلا يكون التدخل بها مؤذنا بانفلاتها من كوابحها بل مقيدا بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كأداة تكفل فى آن واحد سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التنفيذية دون عائق، ومن ثم كان اللجوء إليها مقيدا بضرورة أن يكون التدخل بها لازما ومبررا بوصفها ملاذا نهائيا، وليس باعتبارها إجراء احتياطيا، وتنحل هذه الضوابط فى واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها

على نفسها الهيئة القضائية التى عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية ، وذلك تقديرا منها لخطورة هذه الرقابة ودقتها ، ولأن المصالح التى تواجهها فريدة فى بابها بالنظر إلى تشابكها وتعقدها، واتصالها المباشر بمركز هؤلاء الذين يمسهم النص التشريعى المطعون فيه ، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية (94).

وتتمثل القيود القضائية التى فرضتها المحكمة على نفسها فيما يلى :

(١) ضرورة توافر خصومة أو نزاع لتدخل المحكمة :

أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه على ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية ، لايجوز أن تفصل الهيئة التى تتولاها فى دستورية نص تشريعى فى غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها لها- تأثرا بالقيم الخارجية - أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التى يستلزمها الفصل فى النزاع المعروض عليها وليس لها كذلك الفصل فى المسائل الدستورية التى يثيرها النص التشريعى المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه أو كانت الأضرار التى رتبها لا تتصل بالمصالح التى يدعيها اتصالا شخصيا ومباشرا أو كان ممكنا حمل حكمها فى النزاع المطروح عليها على أساس آخر، وعليها دوما -وكشرط أولى لمارستها رقابتها على الدستورية- أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تأويل النص التشريعى المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم الدستورية.

ويظهر مما سلف أن المحكمة تستلزم وجود الخصومة، والضرر الخاص كفكرة منبثقة عنها.

وأعادت المحكمة التأكيد على منزلة الادعاء بأن يكون المدعى فى مركز قانونى يسمح له حقا بالاستفادة من دعواه الدستورية فى دعواه الموضوعية، عندما قضت بأن إدراج اسم المدعى بين المشمولين بالتكريم أو تصدره لهم وحصوله بالتالى على الحقوق المالية التى فصلها القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٥ بشأن تكريم كبار قادة القوات المسلحة خلال حرب أكتوبر - وهى محل دعواه الموضوعية - يفترض أن يظل هذا القرار بقانون قائما فيما نص عليه بشأنها، وكان ماقرره وكيل المدعى من أن مصلحة المدعى تتحقق على النحو المتقدم فإنها تتوافر كذلك، إذا ماأبطلت المحكمة الدستورية العليا هذا القرار بقانون فى مجمل أحكامه، حتى لا يفيد من النصوص القانونية التى اشتمل عليها، من كانوا دونه رتبة وجهدا ، مردود ، بأن ذلك منه يهدم دعواه الموضوعية من أساسها ولا يقيم بنيانها، ذلك أن الحكم بعدم دستورية هذا القرار بقانون فى مجمل أحكامه ، يعنى تجريدها من قوه نفاذها وزوال الآثار القانونية التى رتبها لتؤول عدما فلا تولد حقا لأحد، ولا يقوم بها مركز قانونى للمدعى ولا لغيره ، ولتفقد الحقوق المالية - محل دعواه الموضوعية - دعامتها، بل إن اتصال دعواه الموضوعية بالنصوص المطعون عليها، شرط لقبول دعواه الدستورية على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن المصلحة الشخصية المباشرة فى تلك الدعوى مناطها ارتباطها بالمصلحة القائمة فى النزاع الموضوعى، بأن يكون الحكم فى المطاعن الدستورية، مؤثرا فى موضوع النزاع المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع(95).

ويجد المرء تشابها كبيرا فيما يتعلق بفكرة الخصومة فى أمريكا ومصر، فإذا كانت المحكمة العليا الأمريكية ترفض إعطاء آراء استشارية أو النظر فى نزاع جدلى لا يرتكز على وقائع ملموسة **"moot case"** و تشترط وجود نزاع يمكن حله عن طريق التدخل القضائى، وأنه لا يمكن أن يصدر

الحكم لحساب شخص لاتتوافر فيه صفة الخصم لفرض آرائه السياسية على الحكومة ، فإن كل ماسلف نجد له صدى فى أحكام محكمتنا الدستورية إذ اشترطت لمباشرة رقابتها على النصوص التشريعية شرطين أوليين، أولهما أن يقيم المدعى - وفى حدوده الصفة التى اختصم بها النص التشريعى المطعون عليه - الدليل على أن ضررا واقعيا اقتصاديا - أو غيره - قد لحق به ، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا مستقلا بعناصرة ممكنا إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، ذلك أن إسناد الرقابة الدستورية إلى هذه المحكمة لا يتوخى الفصل فى خصومة تكون المصلحة بشأنها نظرية كتلك التى تتغيا تقرير حكم الدستور مجردا فى موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية أو دفاعا عن قيم مثالية يرجى تثبيتها أو كنوع من التعبير فى الفراغ عن وجهة نظر شخصية أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون فى مواجهة صور من الإخلال بمضمونه [96] لاصلة للطاعن بها.

(٢) وتعتد المحكمة الدستورية بقرينة الدستورية لصالح القوانين، إذ تؤكد المحكمة [97] بأن الرقابة على الدستورية لا تستقيم موطئا لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها بمختلف طرق الدلالة المعتبرة على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها ، بل يجب وبوصفها رقابة متوازنة لايجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها أن تكون مبررة بدواعيها كى لايكون اللجوء إليها اندفاعا، أو الإعراض عنها تراخيا.

وتؤكد المحكمة فى حكم آخر[98] أن الأصل فى النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخيا بل يكون إنفاذها - اعتبارا من تاريخ العمل بها - لازما ولايجوز بالتالى أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ماقام الدليل على مخالفتها للدستور ، فإن هى انتهت إلى برائتها من العيوب الشكلية والموضوعية ، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التى كانت عالقة بها، ولازم ذلك أن النصوص التى لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز وقف تنفيذها ، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها، وإلا عد ذلك عدوانا على الولاية التى أثبتها الدستور للسلطة التشريعية، وإسباغا لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا دون سند من الدستور أو القانون.

(٣) الأعمال السياسية :

تجد فكرة الأعمال السياسية أصلها فى فكرة أعمال السيادة والتى هى فى أصلها قضائية المنشأ، إذ ظهرت أول الأمر فى ساحة القضاء الإدارى الفرنسى، إلا أنها فى مصر ذات أساس تشريعى يرتد إلى بداية التنظيم القضائى الحديث، وتخرج - بحكم ظروفها وطبيعتها - عن ولاية التقاضى إلغاء وتعويضا وذلك لاتصالها بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية، وهى أعمال تباشرها الحكومة بحسبانها سلطة حكم لا باعتبارها سلطة إدارة.

وكان قانون مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ يضرب أمثلة لأعمال السيادة فكان ينص فى المادة السادسة من القانون المذكور على أن "لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقات الحكومة بمجلسى البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلى والخارجى للدولة وعن العلاقات السياسية والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم بسائر الطلبات المتعلقة

بأعمال السيادة" .

وهكذا يبين أن المشرع بعد أن أورد بعض الأمثلة لأعمال السيادة خرج من التخصيص إلى التعميم ، ورأى المشرع بعد ذلك أن تحديد أعمال السيادة وضرب الأمثلة لها ليس من قبيل حسن السياسة التشريعية فعدل عن ذلك النهج منذ العمل بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الخاص بمجلس الدولة، إذ نص على أنه "لايختص مجلس الدولة بهيئته قضاء إدارى بالنظر فى الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

وقد أقر قانونا مجلس الدولة اللاحقان وهما القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ و٤٧ لسنة ١٩٧٢ هذا النهج، وذلك مرجعه إلى أن تحديد أعمال السيادة يرجع إلى القضاء لا إلى المشرع.

وإذا كانت هذه الأعمال تخرج عن اختصاص القضاءين العادى والإدارى فقد أخرجها أيضا القضاء الدستورى من اختصاصه ، فإذا مارأت المحكمة الدستورية أن العمل المعروض عليها من أعمال السيادة فإنها تنتهى إلى عدم الاختصاص بنظرة.

والبيّن من استقراء أحكام المحكمة العليا المصرية أنها بدأت فى الارتكان كلية إلى فكرة أعمال السيادة بحسبانها فكرة تستند إلى نظرية متكاملة البنيان فى فقه القانون الإدارى.

ويرى د. عادل عمر شريف خطأ هذا الاتجاه إذ لايتأتى الارتكان إلى نظرية تعمل فى غير المجال الذى فيه الرقابة القضائية الدستورية، إذ الهدف المبتغى من أعمال السيادة لا محل له إطلاقا فى نطاق الرقابة على دستورية التشريعات، إذ هدف الأولى منع القضاء من التعرض بالإلغاء أو التعويض لأعمال هى إدارية بطبيعتها ، أما هدف النظرية الثانية فهو الرقابة على دستورية التشريعات. وهذه التشريعات إما أن تكون أصلية صادرة من السلطة التشريعية الأصلية، وهى بالقطع ليست أعمالا إدارية وفقا للمعيار الشكلى، أو تكون تشريعات صادرة بقرارات بقوانين وهذه أيضا تعتبر طالما صدرت فى حدود التفويض أو أقرها مجلس الشعب فى حالة لوائح الضرورة صادرة من سلطة تشريعية – وإن كانت استثنائية – ولا تعتبر هذه التشريعات بأى حال من الأحوال من القرارات الإدارية، وإما أن تكون التشريعات ثانوية أى لوائح وهى وإن كانت قرارات إدارية تنظيمية إلا أن القضاء الدستورى لا يراقب مشروعيتها بمعنى مدى اتفاقها أو اختلافها مع القانون ، إذ ذلك من اختصاص القضاء الإدارى ، ولكن القضاء الدستورى يراقب مدى اتفاقها أو اختلافها وأحكام الدستور.

ويرى د. عادل[99] – بحق – أنه كان ينبغى على المحكمة العليا المصرية أن تتخذ نظرية الأعمال السياسية ومن البداية بديلا عن فكرة أعمال السيادة ، على أن يكون زمام تطبيق فكرة الأعمال السياسية بيد المحكمة تستعين بها فى بسط نطاق اختصاصاها أو قبضه حسب الملابسات والظروف السياسية التى تحكم الصلة بينها وبين الهيئات الحكومية الأخرى.

وإذا كانت المحكمة العليا قد استقرت على الأخذ بنظرية أعمال السيادة وتابعتها فى ذلك المحكمة الدستورية العليا فى بواكير عهدها ، إلا أن المحكمة الأخيرة استقرت على نظرية الأعمال السياسية كقيد على اختصاصها. وقضت المحكمة [100] بأن العبرة فى تحديد التكييف القانونى للأعمال السياسية وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة – هى بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التى قد يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته تتنافى وهذه الأوصاف، ذلك أن استبعاد الأعمال السياسية

من ولاية القضاء الدستورى إنما يأتى تحقيقا للاعتبارات السياسية التى تقتضى – بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسى اتصالا وثيقا أو بسيادتها فى الداخل والخارج – النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعى الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال – سواء كانت من السلطة التشريعيه أو التنفيذية – سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقا تحقيقا لصالح الوطن وسلامته، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ماتتخذه فى هذا الصدد ، ولأن النظر فيها أو التعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لاتتاح للقضاء فضلا عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علنا فى ساحاته ، فالمحكمة الدستورية العليا وحدها هى التى تحدد – بالنظر إلى طبيعة المسائل التى تنظمها النصوص المطعون عليها – ما إذا كانت النصوص المعروضة عليها تعتبر من "الأعمال السياسية" فتخرج عن ولايتها بالرقابة على الدستورية أو أنها ليست كذلك فتبسط عليها رقابتها.

وفى تطبيق لفكرة الأعمال السياسية ذهبت[101] المحكمة إلى أن القوانين أرقام ١٤ لسنة ١٩٨٣ و ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بتعديل أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب، ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن مجلس الشورى تتعلق بحق الترشيح ولا تتناول مسائل سياسية.

وذهبت المحكمة فى حكمها الصادر بجلسة [102] ١٩٩٣/٦/١٩ إلى أنه وإن كانت نظرية "الأعمال السياسية" كقيد على ولاية القضاء الدستورى تجد فى ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما تقع فى المجال الداخلى، نظرا لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا ، إلا أنه ليس صحيحا إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية – أيا كان موضوعها– تعتبر من الأعمال السياسية، كما أنه ليس صحيحا أيضا القول بأن الاتفاقيات الدولية التى حددتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور واستلزمت عرضها على مجلس الشعب وموافقته عليها، تضحى جميعها – وتلقائيا – من "الأعمال السياسية" التى تخرج عن ولاية القضاء الدستورى ، ذلك أن كلا القولين السابقين يتناقض والأساس الذى تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريتها ، وهى اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والموافقة والتصديق عليها.

ومؤدى اتفاقية تأسيس المصرف العربى الدولى ونظامه الأساسى إنما تتمخض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التى تقوم بها البنوك التجارية فلا يسوغ اعتبارها من (الأعمال السياسية) التى تنحصر عنها رقابة القضاء الدستورى، ولا يغير من ذلك ماتضمنه بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين فيه ، كما لا يغير من ذلك ماورد بصدر هذه الاتفاقية بشأن البواعث التى دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف.

وتطبق المحكمة نظرية الأعمال السياسية فى منازعات التنفيذ أيضا المتعلقة بأحكامها الدستورية، حيث قضت المحكمة [103] بأن قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين التى تمثل القاعدة الشعبية فى أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة، وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التى تتعلق بممارسة سلطة الحكم ، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التى تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسئولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء.

(٤) المحكمة لا تتدخل فى ملاءمة التشريع وبواعثه والسياسة التى انتهجها:

يعد ذلك قيدا هاما تفرضه المحكمة على ذاتها إذ الأصل فى سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية مالم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتكون تخوما لها لايجوز اقتحامها أو تخطيها ، وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية ، فإن ماتقره من القواعد القانونية بصدده ، لايجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقص أو الانتقاص، ذلك أن إهدار الحقوق التى كفلها الدستور أو تهميشها، عدوان على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها "the breathing space" ، بما مؤداه أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية - وفيما خلا القيود التى يفرضها الدستور عليها بعيدا عن الرقابة القضائية التى تمارسها المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز لها أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التى انتهجها المشرع فى موضوع معين، ولا أن تناقشها، أو تخوض فى ملاءمة تطبيقها عملا، ولا أن تنحل للنص المطعون فيه أهدافا غير التى رمى المشرع إلى بلوغها، ولا أن تقيم خياراتها محل عمل السلطة التشريعية، بل يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية ، اختصاصاتها تلك ، مستلهمة فى ذلك أغراضا يقتضيها الصالح العام فى شأن الموضوع محل التنظيم التشريعى ، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التى حددتها مرتبطة عقلا بها[104].

ومن ناحية أخرى ومن جهة النظر العكسية فإنه وإن كان أمرا مرغوبا فيه صدور قانون أو قرار بقانون يعكس بصفة نهائية وشاملة التصفية التى تقرر السلطة التشريعية أو التنفيذية ضرورتها لإنهاء كافة الآثار المخالفة للدستور التى رتبها النص التشريعى المحكوم بعدم دستوريته خلال فترة نفاذه، بالنظر إلى ماتؤول إليه هذه التصفية من رد الحقوق المختلفة التى عطلها هذا النص أو قيدها إلى أصحابها دون تمييز، إلا أن تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية على هذا النحو لايتمخض طريقا وحيدا لإعمال آثار الأحكام الصادرة من هذه المحكمة فى المسائل الدستورية.

هذا بالإضافة إلى أن إقرار قانون أو إصدار قرار بقانون فى موضوع معين هو مما تستقل السلطات التشريعية والتنفيذية بتقريره وفقا لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالى حملها على التدخل فى زمن معين ، أو على نحو ما. كذلك فإن قعودها عن إقرار تنظيم تشريعى فى هذا النطاق لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها.[105]

وهكذا يبين أن المحكمة لا تتدخل فى السياسة التى انتهجها المشرع إيجابا بسن التشريع أو سلبا بتقاعسه عنه.

هوامش الباب الرابع

(1) راجع

Fred Barbash, Brennan, Marshal Keep Vigil Against Death Penalty, Washington Post, December 5, 1985, A10.The case was *Eddings* v. Oklahoma (1982).

(2)راجع فى ذلك:

Jim Mann, Year-End Salute, The American Lawyer (September 1983) p.94 .

(3) راجع

Lowrence Baum. The Supreme Cout, Opcit. p116- 119

(4) ينص التعديل الرابع للدستور الأمريكي على أنه « لن يعتدى على حق الشعب فى أن يكون آمنا فى أشخاصه ، ودياره ، وأوراقه ، ومقتنياته ، ضد أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة ....»

(5) ونص عبارته حرفيا

"this is Nero at his worst, the constitution is gone".

راجع فى ذلك

Henry J. Abraham, The Judicial Process, 4th ed. New York: Oxford Univeristy Press, 1980, p. 234.

(6) تنص المادة (٣٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه « لكل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات . ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوما التالية لانتهاء الميعاد المبين بالفقرة السابقة فإذا استعمل الخصم حقه فى الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الخمسة عشر يوما التالية».

(7) راجع د/ رمزى الشاعر ، النظرية العامة ، المرجع السابق ، ص ٥٩٦ - ٥٩٩ .

(8) راجع د/صلاح الدين فوزى ، الدعوى الدستورية، المرجع السابق ، ص ٢٩١ - ٢٩٢

(9) اوضحنا رأينا بتفصيل أكثر فى التوصيات الختامية للرسالة

(10) نذكر على سبيل المثال تأكيدا للمعنى . الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٣٢ لسنــة ١٧ ق دستوريه جلسة ١٩٩٦/٨/٢ حيث أشارت المحكمة فيه الى تناولها ذات المسألة الدستورية بحكمها الصادر بجلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ فى الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٧ ق دستورية ،ومن ثم قضت باعتبار الخصومة منتهية .

(11) راجع

Supreme Court and The Attitudinal Model , Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, Cambridge University Press, 1993 ,p.34.

(12) لما كانت نصوص الاتحاد التعاهدى قد فشلت فى حل المنازعات بين الولايات لما دخلت طور= التنفيذ ابتداء من سنة ١٧٧٩ ، فقد شعرت ولاية فرجينيا بضرورة تنظيم شئون الملاحة فى نهر بوتماك وتصفية المنازعات التى قامت فى هذا الشأن بينها وبين ولايــة ماريلاند فعينت كـل من الولايتين مندوبين لها اجتمعوا فى منزل جورج واشنطون فى مارس ١٧٨٥ ، وأسفراجتماعهم عن عقد اتفاقية تجارية لا تزال كثير من نصوصها نافذة حتى اليوم ، على أن أهم ما أسفر عن المؤتمر هو أن أعضاءه وجهوا إلى حكوماتهم تقريرا يقترح عقد مؤتمر مماثل يحضره مندوبون عن جميع الولايات لوضع أسس ثابتة للعلاقات التجارية المتبادلة .

ولقيت هذه الدعوة ترحيبا عاما من الولايات فبادرت تسع منها إلى تعيين مندوبيها إلا أنه لم يصل لمقر الاجتماع بمدينة أنا بوليس إلا ممثلى خمس ولايات فقط، وبعد تبادل وجهات النظر قدم المندوبون اقتراحا إلى حكوماتهم مؤداه ضرورة دعوة ممثلين من جميع الولايات لبحث أوجه النقص فى نظام الحكومة القائم ولوضع برنامج لسد هذا النقص ، ووافق الكونجرس المنشأ وفقا لأحكام الاتحاد التعاهدى على ذلك لتعديل نصوص الاتحاد وعرض مشروعات التعديل على الكونجرس وعلى الولايات .

و افتتح المؤتمر فى ١٤ /١٧٨٧/٥ وانتهى فى ١٧٨٧/٩/١٧ لوضع نصوص الدستور ووقع على الوثيقة ٣٩مندوبا ممثلين لاثنتى عشرة ولاية ، وبتوقيعهم انتقل مركز النشاط حول تلك الوثيقة التاريخية من فيلادلفيا إلى الولايات المختلفة ، ونص مشروع الدستور فى مادته الأخيرة على أن نصوصه تدخل حيز التنفيذ اذا وافقت عليه تسع ولايات ، واشترطت تلك المادة أن تتم هذه الموافقة لا عن طريق التصويت فى المجالس التشريعية وإنما فى جمعية تأسيسة يختارها الناخبون لهذا الغرض ، وبعد انفضاض هذا المؤتمر بعشرة أيام أرسل الكونجرس نصوص الدستور المقترح إلى الولايات المختلفة فشرعت هذه الولايات فى اتخاذ الإجراءات لتكوين الجمعيات التى أشار إليها الدستور ، وقد تم الاختيار فى معظم الولايات وفقا للقواعد المتبعة فى اختيار أعضاء المجالس التشريعية العادية ، ولم يكن حق الاقتراع العام مقررا فى أعضاء تلك المجالس ومن ثم لم يكن الكثير من الجماعات ممثلا مثل صغار الملاك والزراع ومعظم الأجراء والعمال ، لعدم تمتعهم بحق الانتخاب بل إن الكثيرين أعرضوا عن استعمال حق الانتخاب ، فإذا أضيف لكل ما سلف أن الموافقة تمت بأغلبية ضئيلة جدا فى أربع ولايات تبين أن الدستور الأمريكى لم يكن ثمرة موافقة شعبية واضحة .

راجع فى التفاصيل رسالة د/ كمال أبوالمجد ، المرجع السابق ، ص ٥٠ - ٥٤.

(13) يقول جيمس ماريسون

We must Look for it, not in the general convention which proposed, but in the State Convention, which accepted and ratified the Constitution.

راجع العبارة، وراجع التفاصيل فى مقالة

David L. Abney, Constitutional Inter pretation, 67 Temple L. R., P938. S

(14)ينص التعديل الثالث على أنه «لا يجوز فى وقت السلم إيواء أى جندى فى دار ، دون موافقة صاحبها ، كما أنه لن يجوز هذا فى وقت الحرب إلا بالكيفية التى يحددها القانون» .

(15) راجع

Donald E.Lively, Judicial Review, Mcfarland &, Company, Inc., Publishers, 1990, p55 .s.

(16) من انصار الحرفية القاضى ستورى الذى أكد على أن الدستور عملى فى طبيعته ومصمم للاستعمال العام ومناسب للفهم العام، ونص عبارته حرفيا فى وصف الدستور كالتالى:

"... practical in nature ... designed for common use and fitted for common understanding ."

Donald E. Lively, Judicvial Review, Op.cit. p53.

(17) راجع :

Robert Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 Indiana Law Journal 1 (1971), p. 3.

(18) راجع فى استعراض تفصيلى لآراء القاضيين بلاك وسكاليا

Michael J. Gernardt, a Tale of Two Textualists, a critical comparison of justices Black and Scalia, 74 Boston University Law Review, 1994, p. 28 .s.

(19) راجع فى التفاصيل:

The Supreme Court and the Attitudinal Model, Op.cit. p. 44-51

(20) راجع

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op.cit, p. 125.

(21) راجع

Frothingham v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(22) راجع

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(23) راجع

Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961).

(24) راجع كتاب ، An Essential Safeguard ، المرجع السابق ، ص-١٠

(25) يلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم ترجع صراحة -حتى تاريخه - عن أى سابقة من سوابقها، وهذا اتجاه غير محمود فى اعتقادنا .

– ومن العدول الضمنى عدول المحكمة عن مفهوم التصدى الذى سبق أن تبنته فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق «دستورية» جلسة ١٦/ ٥ / ١٩٨٢ إلى المفهوم الذى تبنته فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/١/٤ .

– راجع فى تلك التفاصيل ص ١٠٧ وما بعدها من هذه الرسالة .

(26) راجع :

William Brennan , Speech at Georgetown University, reprinted in The Great Debate ,Washington D.C.: The Federalist Society, 1986, p . 14-15.

(27) راجع هذا المثال فى

Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, The Supreme Court and the Attitudinal Model, Op.cit,p.61.

(28) اشار المستشار الدكتور عوض المر فى بحثه باللغة الإنجليزية المقدم لمؤتمر دور القضاء فى حماية حقوق الإنسان، القاهرة ٢ديسمبر ١٩٩٦ ، إلى مصادر التفسير الدستورى فى مصر وهى النص الصريح، والمصدر المشار اليه بالدستور، والفهم المشتق من النصوص مجتمعة ، والقضاء المقارن، والابتهال من الوثائق الخارجية .

(29) راجع

David J. Danelski, A Supreme Court Justice is Appointed, New York : Random House, (1964), 189-190; Woodford Howard, Jr., Mr. Justice Murphy : A Political Biography, Princeton Univcersity Press, 1968, 324

(30) ونص العبارة حرفيا :

"There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals".

راجع :

Benjamin N. Cardozo, The Nature of the Judicial Process, New Haven : Yale University Press, 1921, p. 12.

(٣١) اجع:

John A. Jenkins, A Candid Talk with Justice Blackmun, New York Time Magazine, February 20.

1983, p.20.

(32)راجع:

Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).

(33) راجع::

West Virginia Board of Education v. Barnette 319, U.S. 624 (1943).

وفى التفاصيل:

An Essential Safeguard, D. Grier Stephenson, Jr., p. 74 - 75.

(34) Charles P. Curtis, Law as Large as Life, New York :Simon and Schuster, 1959, p.156 - 157.

(35) قارن دور المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى حماية حق الملكية ، ص ١٩٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(36) راجع كتاب An Essential Safeguard ، المرجع السابق ، ص ٨-٩

(37) راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., p. 124, s.

(38) راجع:

Mary Frances Berry, Stability, Security, and Continuity: Mr. Justice Burton and Decision-Making in the Supreme Court 1945-1958, Westport, Conn. : Greenwood Press, 1978, p.27.

(39) راجع: دراستى Gaziano وتوماس مارشال بمقالة :

Linda R. Crane, Family Values And The Supreme Court, Op. cit., p. 458. s.

(40)راجع فى الإعلام والمجتمع القانونى

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., p. 128 - 129.

(41) راجع::

Anthony Lewis, Gideon's Trumpet, New York : Random House, 1964, p. 162.

(42) راجع::

Lawrence Baum, The Supeme Court, Op. cit. p. 131. s.

(43) راجع :

Walter F. Murphy, Congress and the Court, Chicago : University of Chicago Press, 1962,p. 246.

(44) راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit, p. 149. s.

(45) راجع:

Harold J. Spaeth and Saul Brenner, Studies in U.S. Supreme Court Behavior,Garland Publishing, Inc. New York & London, 1990, p. 78-80.

وقد اكد وارن على أهمية العدالة فى استخدام هذه السلطة وإلا أدى الأمر لكارثة، ونص عبارته حرفيا:

I do believe that if assigning opinions wasn't done.. with fairness, it could lead to gross disruption in the Court.

(46)شبه رئيس القضاة رنكوست استقلال قضاة المحكمة المطلق بالخنازير على الثلج ، وعبارته حرفيا تقول

... who are as independent as hogs on ice.

– ومما يؤكد ذلك أن هيوز كان يعقد جلسات المحكمة فى الظهيرة ، وحضر الجميع ذات مرة عدا القاضى Mc Reynold's ولما أرسل له رسولا ليحضره لأن المحكمة جاهزة للانعقاد ، أمر القاضى الرسول بأن يرجع ليخبر هيوز بأنه لايعمل عنده.

– راجع فى التفاصيل كتاب An Essential Safeguard ، المرجع السابق، ص ٦٧ وما بعدها.

(47) راجع فى وصف مارشال ، برنارد شفارتز ، القانون فى أمريكا ، ترجمة المستشار / ياقوت العشماوى ، دار المعارف ، ١٩٨٠ ، ص ٥٦ وما بعدها.

(48)من أجل نظرة أوسع عن مارشال وعهده راجع :

C. Warren, The Supreme Court In United States History (1923), p. 169 - 540.

R. Mc Closkey, The American Supreme Court, 1960. p. 54 - 80.

(49) راجع::

Inside The High Court, Time Magazine, November 5, 1979, p. 63.

(50) راجع:

Bob Woodward and Scott Armstrong, The Brethren: Inside the Supreme Court, New York : Simon & Schuster, 1979,p. 310 - 347.

(51) راجع :

Richard Kluger, Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality , New York : Alfred A. Knops, 1976, p. 582 - 699.

(52) راجع فى المقارنة بين فرانكفورتر وبلاك مقالة جيمس سيمون بكتاب

An Essential Safeguard, Op. cit. p. 72. s.

(53) راجع::

Bridges v. California and Times-Mirror Co. v. Superior Court, 314, U.S. 252 (1941).

(54) راجع:

Christopher E. Smith, Politics In Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers, 1992, p. 156 - 157.

(55)ونص عبارة برينن حرفيا

I have no doubt that, if any group of law students were asked to apply the principles of Lemon to the question of legislative prayer, they would nearly unanimously find the practice to be unconstitutional.

راجع فى ذلك المرجع السابق ص ١٥٦.

(56) راجع فى الشجار بين القضاة

Stuart Taylor, Jr., Season of Snorling Justices, Akron Beacon Journal, April 5, 1990, p. A 11.

(57)راجع:

Bickel A., The Least Dangerous Branch,Op. cit, p. 115 - 116

(58) ونص عبارة المحكمة حرفيا الموجهة للسلطة التنفيذية كمايلى :

..... We exceedingly regret every event that may cause embarrssment to your administration, but we derive consolation from the reflection that your judgment will discern what is right.

Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Little, Brown and Company, Second Edition, 1990, p.86.

(59)راجع:

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, (1984).

(60) تنص المادة الثالثة من الدستور فى فقرتها الثانية على أنه " ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا ، طبقا للعدل والقانون والتى تنشأ فى ظل هذا الدستور ...... "

(61) راجع القضية فى

454.U. S. 44 (1982).

(62) تقول المحكمة حرفيا :

The federal courts have abjured appeals to their authority which would convert the judicial process into no more than a vehicle for the vindication of the value interests of concerned bystanders.

وتقول المحكمة حرفيا فى موضع أخر

The exercise of judicial power, which can so profoundly affect the lives, liberty, and property of those to whom it extends, is therefore restricted to litigants who can show " injury in fact " resulting from the action which they seek to have the court adjudicate.

راجع فى التفاصيل:

Geoffrey Stone and others, Constitutional Law, Op. cit. p. 94

(63) راجع: القضية فى

418 U.S. 166 (1974).

(64) راجع قضية:

Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group, 438, U.S. 59 (1978).

(65) راجع: رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ١٣٩

(66) يعتبر القاضى فرانكفورتر من أكثر القضاة تمسكا بقرينة الدستورية وذلك تأثرا بأفكار السيد/ جيمس برادلى تير والذى كان يرى أن المحكمة لا تقضى بعدم الدستورية حال خطأ المشرع فقط ولكن عندما يكون الخطأ شديد الوضوح بحيث لا يكون له أى أساس منطقى، والمعتاد أن الدستور لا يفرض خيارا محددا على المشرع ، ومن ثم فإن خيار المشرع عادة وأيما كان أساسه يكون دستوريا ، فى ذلك راجع :

Harry H. Wellington, Interpretation The Constitution, Yale University Press. New Haven & London, 1990, p. 72 - 73.

(67)راجع: رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٦ - ٤٦٠.

(68) راجع: فى المسائل السياسية ، رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٧٩ وما بعدها.

(69) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(70) راجع القضية فى 7 How. 1 (1849)

(71) راجع: د/ عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية فى الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، المرجع السابق ، ص ١ وما بعدها.

(72) راجع القضية فى 369 U.S. 186 (1962).

(73) راجع قضية: Doc. v. Braden, 16 How. 636 (1853).

(74)راجع: رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥ .

(75) راجع ، المرجع السابق ، ص ٤٨٦.

(76) راجع رسالة د/كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٦٠ – ٤٦٤.
(77) تنص الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الدستور الأمريكي على أنه « سيكون للكونجرس سلطة......... تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية وفيما بين الولايات المختلفة .... ».
(78)ينص التعديل الرابع على أنه « لن يعتدى على حق الشعب فى أن يكون آمنا فى أشخاصه ودياره وأوراقه ومقتنياته ضد أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة » .
(79)ينص التعديل السادس على انه « فى جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المهم بحقه في محاكمة سريعة وعلنية .. وأن يستعين بمحامين للدفاع عنه » .
(80)ينص التعديل الرابع عشر على أنه « ... لا يحق لأى ولاية أن تحرم شخصًا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل ، ولا يحق لها أن تحرم أى شخص داخل نطاق سلطاتها من المساواة فى الحماية القانونية .
(81) راجع: **Buck, v. Bell, 274 U.S. 200, 208 (1927)**
(82) راجع: **Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).**
(83) راجع قضية بروان الشهيرة سالفة الذكر.
(84) راجع : **Regents of the University of California v. Bakke, 438, U.S. 265 (1978).**
(85) راجع قضية دردسكوت بكتاب قضايا دستورية ، ترجمة المستشار ياقوت العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٤١ وما بعدها:
(86) راجع:
Donald E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, Op. cit. p. 76. s.
(87) راجع :
NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 460 (1958).
(88) راجع:
Mapp v. Ohio, 367, U.S. 643 (1961).
(89) راجع:
Brown v. Mississippi, 297, U.S. 278 (1936).
(90)راجع:
Mallory, v. United States, 354, U.S. 449 (1957).
(91) راجع:
Donald , E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, Op.cit. p. 89. s.
(92) راجع تلك القضية فى :
3 U.S. (3DALL.) 386 (1798).
(93) راجع اعتراض القاضى بلاك على الحكم الصادر فى قضية
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 499, 510 (1965).
(94) الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٣٣١ .
(95) الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٥/٤/٨ ، الجزء السادس، ص ٥٩٧.
(96) الدعوى ٢٤ لسنة ١٢ ق ، جلسة ١٩٩٤/١/١ ، الجزء السادس ، ص ١١٧.
(97) الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزءالسادس ، ص ٣٣١
(98) الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، الجزء السادس ، صـ ٢٧٩
(99) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ ، ١٦٤ .
وراجع استعراضا تفصيليا لأعمال السيادة والأعمال السياسية فى قضاء المحكمتين العليا الدستورية والدستورية العليا بذات المرجع السابق ، ص ١٦٤ – ١٦٨ .
(100) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ق ، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ .
(101) راجع الدعاوى أرقام ١٠ لسنة ٧ ق جلسة ٤ / ٦ / ١٩٨٨ ، ٨ لسنة ٧ ق جلسة ١٥ / ٤ / ١٩٨٩ و ٣٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩ / ٥ / ١٩٩٠ و ٢٣ لسنة٨ ق جلسة ١٥ / ٤ / ١٩٨٩ ، الموسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا ، ١٩٩٥ ، ص ٤٦٥ .
(102) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ ، ج ٥ / ٢ ، ص ٣٧٦ .
(103) الدعوى رقم ٤ لسنة ١٤ ق « تنفيذ » ، جلسة ٩ / ١٠ / ١٩٩٠ ، الجزء الرابع ، ص ٥٢٤ .
(104) الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٤ / ١ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٤٩٤ .
(105) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٤ ق « تنفيذ » ، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، ج ٥ / ٢ ، ص ٥٢٣ .

الباب الخامس

محاولات الحد من دور المحكمة العليا
فى الولايات المتحدة الأمريكية
والمحكمة العليا فى مصر

تقسيم :

نظراً لأهمية وخطورة القضاء الدستورى فإنه من الطبيعى أن يوجد من يعارض أحكامه ويحاول أن يقاومها ، ومن الطبيعى أن نجد القضاء الدستورى مهاجما فى بلدانه .

وسوف نركز فى هذا الباب على المحاولات الهجومية التى تعرض لها ذلك القضاء فى أمريكا ومصر كل فى فصل مستقل، وفى فصل ثالث سوف نركز على مستقبل تلك الرقابة .

الفصل الأول

محاولات الحد من دور المحكمة العليا الأمريكية

تمت هذه المحاولات فى صور متعددة ، وسوف نستعرض كل صورة منها فى مبحث مستقل على النحو التالى :

المبحث الأول : التعديل الدستورى.

المبحث الثانى : سحب السلطة القضائية .

المبحث الثالث : زيادة عدد أعضاء المحكمة .

المبحث الرابع : عدم الإذعان لحكم المحكمة .

المبحث الأول

التعديل الدستورى

تمهيد:

لا شك أن أكثر وسيلة تعبر عن عدم رضاء الشعب عن أحكام المحكمة هى التعديل الدستورى كرد فعل لتلك الأحكام أو على الأقل محاولة إحداث هذا التعديل.

وطبقا للمادة الخامسة من الدستور لا يتم التعديل إلا باقتراح الكونجرس عندما يرى ثلثا الأعضاء فى كل من المجلسين ضرورة ذلك أو بناء على طلب المجالس التشريعية لثلثى الولايات عقد مؤتمر لاقتراح التعديلات التى تصبح فى أى من الحالتين جزءا من الدستور عندما تتم الموافقة عليها بواسطة المجالس التشريعية لثلاثة أربا ع الولايات أو بواسطة المؤتمرات فى ثلاثة أربا ع الولايات[1].

وهكذا يبين أن فرصة إجراء التعديل الدستورى صعبة المنال ، وذلك مقصود لتحقيق الاستقرار الدستورى من ناحية ، ومن ناحية أخرى لإعطاء الفرصة لكل جيل ليشارك فى وضع الدستور وبغير

ذلك سيقل اهتمام الشعب بالأعمال العامة ، وهو أمر لا يمكن الاستغناء عنه، بل هناك من رأى أن الاضطرابات قد ينتج عنها الخير لأنها تنبه الحكومة وتمنعها من الانزلاق إلى طريق المخاطر[2].

وقد جعلت العديد من الولايات إمكانية تعديل الدستور فيها متوقفة على استفتاء شعبى بسيط ، وهكذا يتبين أن المشاركة الشعبية فى وضع التعديلات الدستورية سواء على المستوى الفيدرالى أو فى الولايات قد أصبحت حقيقة واقعة.

وحتى تاريخه تم إجراء (ستة وعشرين) تعديلا للدستور الفيدرالى جاء أربعة منهم لمواجهة أحكام من المحكمة العليا غير مرضى عنها ، وتلك التعديلات هى، التعديل الحادى عشر [3] وهو الذى يحد من اختصاص القضاء الفيدرالى وقد جاء كرد فعل للحكم فى قضية **Chisholm v. Georgia** [4]، والتعديل الرابع [5] عشر والذى اعتبر الأمريكيين ذوى الأصل الإفريقى منتمين للولايات المتحدة الأمريكية وقد جاء هذا التعديل كرد فعل للحكم فى قضية[6] **Scott v. Sandford** ، والتعديل السادس عشر[7] والذى وسع من سلطة الكونجرس فى فرض الضرائب وقد جاء كرد فعل للحكم فى قضية [8]

Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co.، والتعديل السادس [9] والعشرون والذى حدد سن التصويت وجاء كرد فعل المحكمة فى قضية . **Oregon v. Micthell**[10]. وهناك محاولات عديدة للتعديل كرد فعل لحكم المحكمة لم يصبها النجاح ، وكانت هذه المحاولات فى مجالات متعددة، كعمالة الطفل ، والإجهاض ، والصلاة بالمدارس، والميزانية .. الخ. وقد اشتهرت فترة السبعينات والثمانينيات بها.

وسوف نستعرض فى المطلبين التاليين قضيتين [11] حديثتين أدى الحكم فيهما إلى محاولة أخيرة وليست آخرة لتعديل الدستور لمنع المحكمة من الاستمرار فى اتجاهها الذى تبنته إلا أنها باءت بالفشل.

المطلب الأول

قضية [12]: **Texas v. Johnson**

تلخص وقائع تلك القضية فى أنه أثناء انعقاد مؤتمر الحزب الجمهورى بمدينة دالاس سنة ١٩٨٤ اشترك المدعو **Johnson** فى مظاهرة سياسية تنبذ سياسات الحزب الجمهورى وإدارة الرئيس ريجان ، وسارت المظاهرة عبر شوارع المدينة وهى تنشد الأناشيد المعادية ، وكتب المتظاهرون على الحوائط وحطموا بعض الأشياء ولم يشترك المدعو جونسون فى أمر من ذلك ، واقتصر كل ما فعله على أنه أخذ العلم الأمريكى من زميل له ثم سكب عليه الكيروسين وحرقه ، ولم يؤذ أحد من جراء هذا الفعل .

وقد أدين جونسون بتهمة انتهاك العلم تطبيقا لأحكام قانون ولاية تكساس الذى يعاقب على هذا الأمر ، وحكم عليه بالحبس سنة وغرامة ٢٠٠٠ دولار ، ولما طعن أمام المحكمة العليا ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية القانون الآنف.

وتأسس الحكم على أن التعديل الأول للدستور يمنع الحد من حرية التعبير، وأن ذلك لا يقتصر على الكلمة المكتوبة وفقما استقرت عليه المحكمة منذ زمن، فإذا كان السلوك قد قصد منه توصيل رسالة خاصة فإنه تعبير كالكلمة المكتوبة ، ولما كانت ولاية تكساس قد أقرت أن السلوك قصد منه

التعبير عن موقف وهو رفض إعادة ترشيح الرئيس رونالد ريجان لفترة رئاسة ثانية ، فمن ثم فإنه ينطبق عليه التعديل الأول .

وعن دفع الولاية بأن الإدانة قصد منها منع خرق السلام والمحافظة على العلم كرمز لوحدة المجتمع، ذهبت المحكمة إلى أن أيا من المصلحتين السالفتين غير متوفر ، إذ لم يثبت أن هناك إخلالا بالسلام قد حدث أو هدد بحدوثه من جراء سلوك المتهم ، إذ لا يعد بذاته استفزازا يدعو المرء للثأر أو يحدث له إهانة شخصية تدعوه للاشتباك والشجار مع المتهم ، كما أن التجريم سوف يؤدى لانتهاك حرية التعبير المحمية بالتعديل الأول ، إذ لا يمكن للحكومة أن تحرم تعبيرا لمجرد عدم اتفاقها معه.

وقد استدركت المحكمة وأكدت أنها تقدر رغبة الحكومة فى الحفاظ على العلم كرمز خالص للوطنية ، إلا أن ذلك لا يجب أن ينال من وسائل الاحتجاج السياسى.

وإذ يشكل حرق العلم أكبر صور تحريك المشاعر الوطنية ، فإن أفضل وسيلة لمقاومة هذا الفعل هو استمرار التبجيل والتوقير لهذا العلم.

وخلاصة الأمر أنه لما كان قد استقر فى يقين المحكمة أن جونسون أدين لقيامه بسلوك تعبيرى وأن الادعاء بانتهاك السلام لم يثبت من جراء فعله المذكور، فمن ثم لا أساس لإدانة هذا التعبير وهكذا خلصت المحكمة لعدم الدستورية .

وقد أصدر القاضى كيندى رأيا مؤيدا للحكم كتب فيه أنه فى بعض الأحيان تضطر المحكمة لإصدار أحكام غير مستحبة ، إلا أن ما يدفعها لذلك حقيقة أن قضاءها هو الحق وفقا للدستور . وقد احتج على هذا الحكم - احتجاجاً له وجاهته - رئيس القضاة رنكوست واشترك معه القاضى ويت والقاضية أوكنر.

ويرى الرأى المحتج أن العلم الأمريكى منذ أكثر من مائتى سنة هو رمز لوحدة الأمة ولا يمثل وجهة نظر أى حزب سياسى ولا فلسفته ، إذ إن العلم ليس فكرة أو وجهة نظر تخضع للخلاف فى سوق وجهات النظر ، إذ هو فى حقيقته أمر مستقل عن المعتقدات والانتماءات الاجتماعية والسياسية وكذا عن التعبير عن الأفكار ، ولا يمكن تصور أن ما ورد بالقانون المقضى بعدم دستوريته يخالف حقا الدستور، خاصة وقد تماثلت معه قوانين سبع وأربعين ولاية أخرى.

المطلب الثانى

قضية United States v. Eichman[13]

لما صدر الحكم فى القضية الآنفة أثار استياء عظيما لدى الكونجرس وغيره من الجهات والطوائف الشعبية ، وسارع الكونجرس إلى إصدار قانون فيدرالى يعاقب على انتهاك العلم ، الأمر الذى دفع إلى تعمد حرق العلم بعد صدور هذا القانون لمعرفة مدى إصرار المحكمة على موقفها، وهنا صدر الحكم سريعا سنة ١٩٩٠ بعكس قانون ولاية تكساس والذى صدر بصدده الحكم بعد خمس سنوات من وضعه.

وفى تلك القضية أشارت المحكمة ابتداء إلى أن قانون ولاية تكساس الذى حرم حرق العلم قضى بعدم دستوريته ، وأن الحفاظ على العلم كرمز للوطنية ووحدة المجتمع لايجوز أن يكون بقمع التعبير

الحر وإلا أخل ذلك بالتعديل الأول للدستور.

وأشارت المحكمة أيضا إلى أن الحكومة فى الدعوى محل النظر قد اعترفت أيضا كما حدث فى القضية السابقة بأن السلوك المقترف هو سلوك تعبيرى أيضا مثله مثل سلفه.

ورفضت المحكمة دعوة الحكومة لتغيير وجهة نظرها فى الأمر بحجة وجود إجماع شعبى National Consensus لصالح تحريم حرق العلم ، وأكدت على أنه بفرض وجود هذا الإجماع فإنه لا يزيد من ثقل المصلحة فى منع التعبير الحر، إذ لا يزال التعارض مع الدستور قائما.

وخلصت المحكمة إلى أنه لما كان القانون الفيدرالى المطعون فيه غير مميز ولا مختلف عن قانون ولاية تكساس ، فمن ثم فإنه ينطوى على ذات العيوب الدستورية التى بالقانون الأخير بل وبصورة أكبر لاتساع مجال تطبيقه عن قانون ولاية تكساس.

وقد احتج على هذا الحكم أربعة قضاة احتجاجًا له وجاهته وقيمته وقد اشترك فى الاحتجاج رئيس القضاة رنكوست والقضاة ستيفنز ، ويت ، أوكنر.

ويقوم هذا الرأى على ركيزة من أن المحكمة انتهت من حيث يجب أن تكون البداية، إذ إن الحكومة بالطبع لاتستطيع أن تحرم التعبير عن الأفكار لمجرد أنها ترى أن الفكرة ذاتها معيبة ولا تتفق معها ، ولا أحد من المشتركين فى الرأى المحتج يخالف ذلك، إلا أن بعض التعبيرات يجب تحريمها حال توافر ما يلى :

١ - إذا كان التحريم تسانده مصلحة لا علاقة لها بقمع الأفكار التى يرغب المتحدث فى التعبير عنها.

٢ - إذا كان التحريم لا يتداخل بأى صورة مع حرية الشخص فى التعبير عن أفكاره بوسائل أخرى من حقه الاختيار بينها.

والحكومة الفيدرالية يجب أن يعترف لها دائما بتوافر المصلحة الشرعية فى حماية القيمة الرمزية للعلم الأمريكى، وهى مصلحة من الصعب قياسها أو وصفها ، وإنما يمكن التقرير بأن لها جانبين :

الأول : أنه فى وقت الأزمات الوطنية يلهم ذلك العلم المواطن العادى ويزيد من دافعه وقدرته على عمل التضحيات اللازمة لتحقيق الأهداف الاجتماعية اللازمة للسيطرة على الأزمة .

الثانى : أنه فى الأوقات جميعها « سواء وقت الأزمة أو خلافه » ، فإن العلم يشكل روح الالتزام الوطنى بمبادئ الحرية والمساواة والتسامح التى دافع عنها الأمريكيون طوال تاريخهم ، إذ النضال من أجل الحرية والمساواة لم يتوقف أواره ، والالتزام بالتسامح مع الآخرين ينطوى على ضرورة احترام هؤلاء الذين نختلف معهم .

ولما كان الواضح أن تحريم انتهاك العلم لا ينطوى على تدخل فى حرية المتكلم فى التعبير عن آرائه بوسائل أخرى ، وإذا كان البادى أن حرق العلم هو من أكبر الوسائل لجذب الانتباه إلى الأفكار والمعتقدات ، إلا أن ذلك لا يعد سببا كافيا لتحصين إحراق العلم، إذ إنه بالتعمق فى الأمر تظهر وسائل أخرى يمكن اللجوء إليها لجذب الانتباه أكثر جاذبية من حرق العلم كاللجوء مثلا إلى عرض للألعاب النارية أو غيره من الأمور غير المحرمة .

وخلص هذا الرأى إلى أن القيمة الرمزية للعلم الأمريكى تأثرت بشدة بحكم المحكمة في قضية جونسون سنة ١٩٨٩ ، ولم يعد للعلم الأمريكى هذه القيمة التى كانت له فى عيون الأمريكيين.

والحق أن الرأى المحتج - فى اعتقادنا - يقوم على حجج تفوق رأى الأغلبية، وإذا كانت المحكمة منقسمة في هذا الحكم بحيث صدر بأغلبية خمسة فقط من القضاة ضد أربعة محتجين إضافة إلى أغلبية الكونجرس وقطاعات عريضة من الشعب فهذا يبرر سبب اقتراح تعديل الدستور.

وقد نص الاقتراح على تخويل الكونجرس والولايات سلطة تحريم الانتهاك المادى للعلم ، ورغم تصويت الأغلبية لصالح التعديل إلا أن أغلبية الثلثين اللازمة لتعديل الدستور لم تتحق وفشل هذا الاقتراح .

وإذا كان التعديل الدستورى المبتدأ كقاعدة عامة أمر مفيد يؤكد عدم قدسية الوثيقة الدستورية وإمكان تغييرها بما يتلاءم مع الظروف ويجب تأييده كلما كان يعالج عيوبا خطيرة بالوثيقة الدستورية ، وكلما خلا من محاولة فرض نظرية فقيهة خالصة ، فاننا نرى أن التعديل الدستورى كرد فعل لأحكام المحكمة غير المرضى عنها لا يقل عن النوع الأول فائدة إذ ينطوى على ذات مزاياه، إضافة إلى تأكيد أن أحكام المحكمة ليست هى الأخرى مقدسة وإنما يمكن تغييرها ، وتأكيد الحوار ما بين المحكمة والفرعين الآخرين للحكومة والشعب ككل بما يمنع من انعزال المحكمة عما يحيط بها.

المبحث الثانى

سحب السلطة القضائية الاستئنافية

تنص المادة الثالثة من الدستور الأمريكى فى فقرتها الأولى على أنه «ستخول السلطة القضائية فى الولايات المتحدة لمحكمة عليا واحدة ولمحاكم أقل حسبما يأمر به الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر ...».

وتنص الفقرة الثانية من تلك المادة على أنه « ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا طبقا للعدل والقانون .... وفى جميع القضايا التى تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل ، وتلك التى تكون إحدى الولايات طرفا فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية ، وفى جميع القضايا التى ذكرت من قبل ستكون للمحكمة السلطة القضائية الاستئنافية، سواء من ناحية القانون أو من ناحية الوقائع مع مراعاة ما قد يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد ..» . والمتفق عليه أن المادة الثالثة من الدستور لم تتضمن إلزاما على الكونجرس بإنشاء المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا، ومن ثم فإن له السلطة الكاملة - إذا ما قدر أن ينشئها - أن يقيد اختصاصها فى حدود معينة مع مراعاة أن ينشئ الكونجرس ولو محكمة فيدرالية واحدة تتولى الاختصاصات المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة والتى لا تختص بها المحكمة العليا بصفة أصلية.

ويستطيع الكونجرس عن طريق سحب السلطة القضائية الاستئنافية من المحكمة العليا الحد من دورها ، وقد ظهر ذلك جليا وبداية فى قضية المدعو مكاردل[14] والذى نشر فى صحيفة المسيسبى مقالات اعتبرت حينئذ ضد خطة إعادة البناء التى كان الكونجرس قد تبناها بعد الحرب الأهلية ، فقبض عليه بتهمة القذف والإخلال بالسلام والحض على العصيان المسلح والعنف وعدم النظام.

وسعى مكاردل إلى إصدار (أمر إحضار) وهو ما يسمى [15] "Habeas Corpus" من المحكمة الفيدرالية بالمسيسبى بحسبان أن الكونجرس تنقصه السلطة الدستورية لإنشاء حكومة عسكرية فى الولايات ، وقد كانت القضية وفق ذلك الفهم تعتبر تحدياً حقيقياً لسلطة الكونجرس فى إعادة البناء بعد الحرب الأهلية ، وقد خسر المذكور قضيته أمام محكمة المسيسبى الأمر الذى اضطره لرفع دعواه أمام المحكمة العليا متمسكا بالقانون المنظم لأوامر الإحضار الصادر سنة ١٨٦٧، ولما خشى الكونجرس أن تكون هذه القضية هى الوسيلة لإبطال خطة إعادة البناء، فقد سارع إلى إلغاء القانون المذكور وذلك سنة ١٨٦٨ – رغم اعتراض الرئيس على ذلك بحسبان أن الإلغاء يخالف الدستور .

ولما نظرت المحكمة العليا القضية قضت فيها بأنه لا بد للمحكمة بداية أن تنظر فى اختصاصها قبل البحث فى الموضوع ، ولما كان قانون مارس سنة ١٨٦٨ قد أزال الاختصاص المعطى للمحكمة العليا بقانون فبراير ١٩٦٧ فمن ثم لا يجوز للمحكمة أن تتغول فى بحث الموضوع ، وإذا كان صحيحا أن المحكمة العليا لاتستمد اختصاصها الاستئنافى من قوانين الكونجرس وإنما من الدستور « وفق نص المادة الثالثة منه» ، إلا أن ذلك يكون بمراعاة ما يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد .

وهكذا فإن قوانين الكونجرس التى تنظم ممارسة الاختصاص القضائى يجب أن ينظر إليها كقوانين مانحة للاختصاص وليست كقوانين استثنائية على ما سبق منحه من الدستور.

وذهبت المحكمة إلى أنها ليس لها أن تبحث فى بواعث المشرع وإنما لها فقط أن تبحث فى سلطته الدستورية ، ومن الثابت أن سلطة وضع استثناءات على القضاء الاستئنافى للمحكمة العليا مقررة بصريح نص المادة الثانية من الدستور ، وبدون اختصاص لا يحق للمحكمة العليا أن تنظر فى موضوع القضية، إذ الاختصاص القضائى هو الذى يعطى المحكمة السلطة فى إعلان حكم القانون على موضوع النزاع .

وفى تطبيق للمبادئ المذكورة على الواقعات، ذهبت المحكمة إلى أنه لما كان حق المحكمة العليا فى نظر الاستئنافات على أحكام المحاكم الأدنى المتعلقة بالتظلم من أوامر الاعتقال والحبس قد أعطى بموجب قانون ١٨٦٧ وسحب بقانون ١٨٦٨، فليس للمحكمة إلا أن تقضى بعدم الاختصاص **Want of Jurisdiction** .

ولا شك أن القول بإطلاق سلطة الكونجرس فى تقييد الاختصاص القضائى الاستئنافى يعد – فى رأينا – أمراً خطيراً إذ يمكن تحصين القوانين الفيدرالية وقوانين الولايات من رقابة الدستورية التى تتولاها المحكمة العليا، إذ قد يقوم الكونجرس بسن قانون ما مثلا ويمنع المحكمة من النظر فى دستوريته ، وقد يجرد الكونجرس المحكمة من الاختصاص القضائى بنظر كافة القضايا التى تثير مسائل فيدرالية، وهكذا يستطيع الكونجرس إذا ما أطلقنا له تلك السلطة على عواهنها أن يجرد المحكمة العليا من دورها الدستورى.

وهناك من يؤيد [16] هذه السلطة الكونجرسية ويراها وسيلة قياسية لكبح المحكمة ومنعها من الوقوف ضد الإرادة الشعبية المعبر عنها بواسطة السلطة التشريعية ، وعند عدم استعمال هذه السلطة عمليا فإن معناه تعاطف الشعب مع المحكمة وتأييده ضمنيا لأوامرها.

وهذه السلطة تجد مصدرها فى الدستور ذاته إذ إن حرفية النص لم تشر لقيود على الكونجرس فى عمل هذه الاستثناءات .

وتوجد وجهة نظر مغايرة ترى أنه لا يمكن أن تخل سلطة الاستثناءات بالدور الدستورى للمحكمة العليا ، إذ إن صائغى الدستور قصدوا أن تقوم المحكمة بدور رئيسى فى ظل مبدأ الفصل بين السلطات بأن تراقب خضوع الرئيس والكونجرس والولايات لحدودهم الدستورية ، فإذا كان للكونجرس أن يزيل الاختصاص القضائى للمحكمة العليا، فسوف يستطيع بالتالى أن يحصن قوانينه وقوانين الولايات من رقابة الدستورية وهو الأمر غير الجائز، إذ إن مصطلح **"exceptions"** المنصوص عليه فى المادة الثالثة يعنى فى ذاته أن تلك السلطة محدودة .

والصعوبة فى الأمر تظهر فى تحديد المجال الذى بتحريم اختصاص المحكمة العليا بنظره نكون قد حطمنا دور المحكمة الدستورى، إذ لا توجد فقرة فى الدستور سواء فقرة الحماية المتساوية ولا أى فقرة أخرى تتطلب معاملة متساوية للموضوعات المختلفة فيما يتعلق بموضوع الاختصاص القضائى.

ويمكن محاولة التماس الأمر فى قضية **United States v. Klein**[17] حيث يبدو أن المحكمة عدلت عن اتجاهها فى قضية مكاردل سالفة الذكر.

وتلخص وقائعها فى أن المدعو **Klein** رفع دعواه بطلب التعويض عن ممتلكاته المغتصبة إبان الحرب الأهلية ، وكان لزاما ليحصل على التعويض أن يثبت أنه لم يكن مساندًا للاضطرابات التى حدثت أثناء الحرب تجاه الحكومة الوطنية، وقضى لصالحه بالفعل من المحكمة الأدنى استنادًا إلى أن العفو الرئاسى الحاصل عليه يعد دليلا على أنه لم يكن مشتركا فى الأحداث، وأثناء نظر الاستئناف أمام المحكمة العليا أصدر الكونجرس قانونا ينص على أن العفو الرئاسى دليل على المشاركة فى الاضطرابات ضد الحكومة وعلى المحاكم أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر القضايا السالفة.

وقد قضت المحكمة العليا بعدم دستورية هذا النص تأسيسًا على أن عدم الاختصاص يمثل حينئذ تدخلا فى عمل القسم القضائى بالنسبة للقضايا المنظورة أمامه مما يتعارض مع فصل السلطات، رغم أن النص من وجهة نظر فقرة الاستثناءات لا مخالفة دستورية فيه .[18]

وهكذا رغم المعيار الصعب الذى وضعته المحكمة يمكن القول أن النص المطعون فيه فى هذه القضية غير دستورى بصفة مستقلة عن فقرة الاستثناءات لتدخله فى العقيدة القضائية ووزن القضاء الأدلة، وهى من الأمور التى يعد المساس بها مساسًا بالوظائف المنطقية المتروكة [19] للقضاء .

المبحث الثالث

زيادة عدد أعضاء المحكمة

لقد كان عام ١٩٣٧ ممثلا لثورة فى التفسير الدستورى أثبتت أن الدستور الذى كتب قبل حوالى ١٥٠ عاما من ذلك الوقت يمكن تطويعه بما لا يفقده صفاته الأساسية وقدرته على الحفاظ على المجتمع الصناعى المتحضر ، وقد غيرت تلك الثورة من تفسيرات كل من فقرتى الإجراء المشروع والتجارة بين الولايات، وذلك ناجم عن ضرورة مواءمة الاحتياجات الناجمة عن الكساد الكبير الذى حدث قبلها.

والحق أن عقد العشرينات كان يبدو أنه عقد حماية قيم الرأسمالية غير المنظمة عن طريق القيود الدستورية ، فقد شهد تحسناً كبيرا فى أحوال المصانع والمناطق العشوائية وحدث إيمان لا يسانده أساس ثابت فى جاذبية المال والصناعة .

وتظهر روح العشرينات من القرن العشرين (سنة ١٩٢٠ وما بعدها) جلية فى النظر لشخصية المرشحين لانتخابات الرئاسة، فمرشح الحزب الجمهورى والذى كان رئيسا وقتها هو كالفين كولدج **Calvin Coolidge** والذى أعلن صراحة أن شغل أمريكا الشاغل هو العمل :

"The business of America is business"، بينما منافسه **John W. Davis** كان محاميا شهيرا بإحدى المؤسسات المالية الكبيرة .

وعلى صعيد آخر نجد أن هذه الفترة قد شهدت ركوداً كبيرا لحركة الإصلاح التحررى والتقدمى، ولا شك أن هذا الوضع لم يكن وضعا طبيا إذ كان يشبه الفقاعة التى يمكن أن تنفجر فى أى وقت، وبالفعل حدث ذلك الانفجار وبالتحديد فى نوفمبر ١٩٢٩ واشتدت جسامة ذلك الانفجار سنة ١٩٣٢ حيث انهارت أسعار الأسهم فى البورصة وفقدت ٩٠٪ تقريبا من قيمتها ، وفى الفترة من ٣١ ديسمبر ١٩٣٠ إلى ٣١ ديسمبر ١٩٣٣ هبط الإنتاج الكلى هبوطاً شديداً، وخُفضت الأجور للنصف وكان واحد من كل أربعة عمال قادرين على العمل لا يعمل ، وكان الإفلاس البنكى على أشده ، وكان من المعتاد أن نجد من بين العمال رجل الدين والمهندس ورئيس المدرسة والبنك .

وفقدت الثقة فى رجال المال والصناعة بحسبان أنهم تسببوا فى حدوث هذا الانهيار، وفى ظل هذه الظروف العصيبة التى مرت بها الولايات المتحدة وجه الرئيس روزفلت خطابه فى مارس ١٩٣٣ مؤكدا وواثقا بأن «الشىء الوحيد الذى يجب أن نخاف منه هو الخوف نفسه »[20] .

وقد وُجد كثيرون آمنوا بقدرة روزفلت على إنقاذ الشعب الأمريكى وأكدوا أن الشعب معه ، ولم يكن تجاوز تلك الأزمة الكبيرة سهلا إذ كان يحتاج حكومة نشطة تلبى الاحتياجات الأساسية للعمال ، وتوفر الغذاء والكساء والسكنى للمتبطلين ، ومن ثم فإن الأمر فى حقيقته كان يحتاج لعمل قومى .

وقد قادت الفلسفة الجديدة إدارة روزفلت كى تمد الناس بالنقود والوظائف كما أدت إلى وضع التشريعات وتأسيس وكالات حكومية تبنى على أساسها السياسات الوطنية لمدة لا تقل عن نصف قرن، ومما يمثل هذه الفلسفة قانون التعديل الزراعى ، وقانون علاقات العمل الوطنية ، وقانون مقاييس العمل العادلة، وقانون الضمان الاجتماعى.

وكان العديد من قوانين المعاملة الجديدة مشكوك فى دستوريتها وفق السوابق المقررة من المحكمة العليا سلفا، وكان السؤال المثار هل ستهجر المحكمة العليا تلك السياسة القديمة أم ستصر عليها ؟.

وفى البداية أصرت المحكمة على عقيدتها القديمة وإيمانها بسياسة السوق الحرة من خلال العرض والطلب ، وبالحكومة الصغيرة غير المتدخلة فى شئون الأفراد وباستقلال الولايات باعتبار أن ذلك من المبادئ الأساسية بالدستور، وكان الإجراء الأساسى لإيقاف الانخفاض فى الأجور الصناعية والأسعار هو إنشاء إدارة الإنعاش الوطنى والتى هى عبارة عن وكالة فيدرالية تصدر التشريعات المثبتة للحد الأدنى للأسعار والأجور والمحرمة للممارسات التنافسية الهدامة، وبناء على طعن من تاجر طيور حية والذى كان يشترى معظم إنتاجه من ولايات أخرى إلا أنه كان بيعه فقط لتجار التجزئة

بنيويورك قضى بعدم دستورية التشريع الأساسى فى هذا الشأن على أساس أن فيه تفويضًا غير جائز للسلطة التشريعية لصالح جهات تنفيذية [21]، وأيضا بالإضافة إلى أساس آخر أكثر أهمية ألاوهو أن نشاط تجار التجزئة كان يقع خارج سلطات الكونجرس لأنه لا يتعلق بالتجارة بين الولايات.

وفى سنة ١٩٣٣ صدر قانون التعديل الزراعى **the Agricultural Adjustment Act** والذى حاول أن يُثبِّت أسعار المنتجات الزراعية بأن فرض ضريبة على المنتجات الزراعية كتدعيم للمزارعين الذين وافقوا على تخفيض أراضيهم المستزرعة بالحاصلات، وفى سنة ١٩٣٦ وفى قضية **(United States v. Butler)** قضت المحكمة العليا[22] بعدم دستورية القانون ، كما قضت المحكمة أيضا بتأييد حكم المحكمة العليا لولاية نيويورك والذى قضى بعدم دستورية قانون الولاية بوضع حد أدنى لأجر المرأة بحسبانه تدخلا فى حرية التعاقد [23].

وفى قضية **Act Carter v. Carter Coal Co** [24]. أكدت المحكمة العليا أن الكونجرس ينقصه السلطة فى أن يشرع فى مسائل الأجور وساعات العمل بالنسبة لعمال الفحم حتى ولو كان العمل فى مجال الفحم يمثل صناعة وطنية ، إذ إن المنتج ناجم عن نشاط محلى خالص، ومن ثم لا يمكن أن تكون المنتجات ممثلة فى شكل من أشكالها تجارة بين الولايات. وقد كان رد فعل الرئيس روزفلت شديداً إذ انتقد المحكمة وأكد أنها لا زالت تعيش فى عصر الحصان والعربة الكارو **in the horse and buggy age**.

ونظراً للطبيعة غير الديمقراطية لتكوين المحكمة العليا ، بمعنى أن قضاتها غير منتخبين من الشعب مباشرة ، فقد لعب الرئيس روزفلت على هذا الوتر الحساس إذ أكد بخطابه بالراديو على أنه يجب البحث عن وسيلة لإنقاذ الدستور من المحكمة والمحكمة من نفسها ، ودعى إلى إيجاد طريقة لاستئناف أحكام المحكمة العليا لصالح الدستور نفسه إذ إنه يريد محكمة تقر العدل وفق أحكام الدستور نفسه لا وفق هواها ومزاجها الشخصى [25].

وقد قاد الرئيس فى ٥ فبراير ١٩٣٧ حملة مباشرة على المحكمة واقترح تعديل قانون المحكمة العليا بأن يعين قاض جديد لكل قاض تجاوز السبعين ولم يستقل، إذ إن عبء المحكمة شديد والقضاة مثقلون بالعمل ولابد من عملية تغيير لدم المحكمة ، ولم يشك أحد فى الهدف من مشروع القانون الآنف إذ إنه بتعيين ستة قضاة جدد ليساعدوا الستة الذين تجاوزا السبعين بالمحكمة آنذاك والذين كانوا متحفظين فى اتجاههم فإن ذلك سيمكن روزفلت من تعيين قضاة مؤيدين لسياسة المعاملة الجديدة، وقد صرح روزفلت بذلك صراحة إذ أكد بعد ذلك بحوالى شهر أنه يقصد أن يُحضر رجالا أصغر يصدرون حكمهم فى المسائل الاجتماعية والاقتصادية بمالديهم من خبرة شخصية واتصال بالواقع الجديد والظروف التى تواجه الناس فى حياتهم وعملهم[26].

وقد هزمت خطة تكديس المحكمة رغما عن انتصار الرئيس الساحق فى الانتخابات التى سبقتها بعدة أشهر ورغما عن المساندة الشعبية للقوانين المقضى بعدم دستوريتها، إذ تعرضت تلك الخطة لهجوم شديد عليها فأرسل القاضى لويس برانديز وكارلس إيفانز هيوز رئيس المحكمة خطابا للجنة القضائية بالكونجرس أظهرا فيه أن المحكمة متماسكة وموحدة وأنها ستكون أقل فاعلية إن أصبحت مكونة من خمسة عشر قاضيا– رغم أن من المعروف بالأخص أن برانديز كان من أشد المحتجين على قرارات المحكمة .

ورغم أن كثيرا من الانتقادات كانت على أساس حزبي إلا أن الأساس في هزيمة هذه الخطة ورفض مشروع القانون هو إدراك الشعب الأمريكي عامة أن خطة تكديس المحكمة لتغيير اتجاهها من شأنه أن يحطم استقلالها ويحد من المبادئ الدستورية التي تقوم عليها الولايات المتحدة ، وقد ساعد على إنهاء هذه الخطة تماما تحويل المحكمة لاتجاهاتها الآنفة القائمة على الحرية الاقتصادية وتقييد سلطات الكونجرس وهو ما أكده البعض بأنه قد أنقذ المحكمة بأن ذكروا أن هذا التحول في وقته قد أنقذ التسعة قضاة **A stich in time saves nine**، وقد بدا التغير واضحا في قضية **West Coast v. Parrish**[27] إذ أكدت المحكمة بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة دستورية قانون ولاية واشنطون والذي نظم مجلسًا يتولى وضع حد أدنى للأجور بالنسبة للمرأة في المهن المختلفة بحسبان أن ذلك القانون يحقق المصلحة العامة بمراعاته للضعف النسبي لسلطة المساومة لدى المرأة ويمنعه الأجور التي لا تكفي نفقات الحياة ، وهكذا فقد اعتبرت المحكمة أن مثل هذه التشريعات تتفق مع فكرة الإجراء المشروع ، وألغت سوابقها القديمة المناقضة لهذه الفكرة وأيدت التشريعات الصادرة عن الكونجرس أو الولاية والتي تضع حداً أدنى لأجر المرأة أو حداً أقصى لساعات العمل .

وهكذا بتراجع المحكمة وبالتعيينات الجديدة بها والتي أجراها روزفلت تغير فكر المحكمة تماما وأصبح من الممكن استخلاص المبادئ الآتية من موقف المحكمة الجديد: [28]

١ - إن القاضي يجب أن يكون حذراً حال قراءته للفقرات الساحرة في الدستور مثل فقرة الإجراء المشروع ، وفقرة الحماية المتساوية، وفي استخلاصه للقانون الطبيعي، أوالحقوق الأساسية أو التعليمات الموروثة عن العرف الدستوري إذ إن كل ذلك تؤدي المبالغة فيه إلى نوع من التحكم القضائي والمؤدية لسيادة القيم الشخصية للقضاة .

٢- يجب ألا يفضل القاضي انتماءاته على انتماءات الكونجرس حال اختياره ما بين القيم المتعارضة والمختلف حولها مثل الحرية الاقتصادية .

٣ - يجب ألا يدقق القاضي كثيراً في الحقائق التي قد تثير مسائل دستورية، إذ يجب أن يقبل الحقائق التي تؤدي لسلامة التشريع طالما كان لها أساس منطقي.

وفي سنة ١٩٤٠ تأكدت فلسفة السيادة التشريعية ، والقيود القضائية الذاتية وقد أوضحها تماما القاضي هيوجو بلاك وهو أول تعيين للرئيس روزفلت بالمحكمة، وذلك عندما أكد أنه على القاضي أن يعود إلى الأصل الدستوري و ألا يحل معتقداته الاجتماعية والاقتصادية محل معتقدات الكونجرس والذي انتخب ليشرع القوانين .

المبحث الرابع

عدم الإذعان لحكم المحكمة

تمهيد :

عندما تقضي المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون ما فإن تأثير هذا الأمر شديد ومتشعب ، ولأنه نادرا ما تجيب المحكمة العليا على كافة الأسئلة المتعلقة بالأمر فإن هناك مجالات تظل غامضة وتحتاج إلى تدخل المحاكم الأدنى استناداً إلى روح الحكم ومقتضاه .

ولأن المحكمة لا تمتلك سلطة تنفيذ أحكامها فإنه من المتصور تدخل موظفين لإجراء التنفيذ ، وهؤلاء من الممكن ألا يذعنوا لحكم المحكمة .

وحتى يمكن تفهم الأمر يمكن التمثيل له بقضية رو سنة ١٩٧٣[29] والتى صدر فيها الحكم فى صورة أمر منع للنائب العام بمقاطعة دالاس بالامتناع عن تطبيق قانون منع الإجهاض لمخالفته للدستور.

ولأن الدستور وأحكام المحكمة العليا هما القانون الأعلى للبلاد فقد أثر هذا الحكم على ثمان وأربعين ولاية أخرى كانت تطبق قوانين مشابهة للقانون المقضى بعدم دستوريته.

وامتد تأثير الحكم إلى ملايين النساء الذين أصبح لهم الحق فى الحصول على الإجهاض ، وإلى المشتغلين بطب النساء والمستشفيات ، والآباء المحتملين ، بل إلى الأجنة فى بطون أمهاتهم.

ورغم هذا التأثير الشديد الاتساع ، فقد ترك الحكم مجالات كثيرة لم يجب عنها مثل تأثير موافقة شريك المرأة الحامل على الإجهاض، وتأثير موقف الوالدين، ووضع التمويل الطبى للإجهاض ، وكل هذه المناطق الغامضة اضطرت المحاكم الأدنى أن تدلى فيها بدلوها لتملأ الفراغ تحت رقابة المحكمة العليا .

ويعد حكم المحكمة فى قضية براون أيضا مثالا واضحاً لتأثير الحكم الواسع ولمراوغة المحاكم الأدنى.

ولما كان يحدث أن الأطراف المختلفة المسئولة عن تفسير الحكم وتطبيقه وغيرها قد لا يكون إذعانها لتطبيق الأحكام تاما ، لذلك سوف ندرس فى هذا المبحث صوراً لعدم الإذعان ومبرراته فى المطلب الأول وفى المطلب الثانى سوف نوضح رأينا فى الموضوع .

المطلب الأول

حالات عدم الإذعان ومبرراته

أ - حالات عدم الإذعان[30]:

١) نظراً لأن المحاكم الأدنى تخضع للمحكمة العليا، فإنها ملزمة بتطبيق أحكامها، إلا أنه نظراً لوجود قيم شخصية لهؤلاء القضاة ربما تختلف عن قيم قضاة المحكمة العليا إضافة إلى أن نسبة قليلة من الطعون والالتماسات المقدمة للمحكمة العليا هى التى تقبل منها، فإن احتمال عدم خضوع قضاة المحاكم الأدنى وارد كما أن سوء الفهم وارد أيضا. وقد أثبتت الدراسات أن بعض قضاة المحاكم الأدنى آمنوا بأنه من الأفضل للأمة الأمريكية أن يحاولوا تحجيم حكم المحكمة التاريخى فى قضية براون والذى أنهى التفرقة العنصرية .

ونادراً ما تعترض المحاكم الأدنى صراحة على أحكام المحكمة العليا ولكن يحدث منها نوع من المراوغة"**evasion**" وهى وسط ما بين الخضوع والاعتراض الصريح، وتقوم المراوغة على التمسك بحرفية الحكم وليس بروحه، وهو الأمر الذى لجأت اليه بعض المحاكم الأدنى فيما يتعلق بحكم براون حيث ذهبت إلى أن هذا الحكم يتعلق بالتعليم فقط، ومن ثم سمحت بصور من التمييز فى غير التعليم كالمواصلات العامة وحمامات السباحة .. الخ.

ولا شك أن هذا التفسير اليوم غير مقبول لتعارضه مع فلسفة الحكم فى قضية براون وهو ما أدى إلى إفشال ترشيح القاضى كارسول للمحكمة العليا لشحة الشديد فى إنهاء التفرقة.

ووجدت دراسات أكدت على وجود أمثلة للمراوغة وعدم الإذعان فيما يتعلق بقضاء الأحداث

وبالنسبة للتفتيش والقبض ووصل الأمر إلى التقرير بوجود فوضى كبيرة.

٢) بالنسبة لحقوق المتهمين الجنائيين فإن البوليس قليلا ما يراعى القواعد القيمة التى وضعتها المحكمة العليا، فقد أثبتت أحد الدراسات أنه من بين ١١٨ متهما جنائيًا روعيت تحذيرات الميراندا بالنسبة لعدد خمسة وعشرين متهما فحسب.

٣) عند تنفيذ الأحكام عن طريق غير المحاكم يحدث أحيانا اعتراضات صريحة على الحكم ومثال ذلك ما حدث من المحافظ ماتيوس محافظ ولاية اركانسو عندما منع تنفيذ حكم المحكمة فى قضية براون بمدينة ليتل روك ١٩٥٧ الأمر الذى اضطر الرئيس أيزنهاور إلى إرسال قواته الفيدرالية لإنهاء التمرد .

وكما حدث بصورة أقل خطورة وإن كانت أكثر انتشاراً عندما استمر المدرسون بالمدارس العامة فى قيادة التلاميذ فى الصلوات بالمدارس ، رغم مخالفة ذلك صراحة لحكمى المحكمة بمنعها ، واللذين صدرا سنة ١٩٦٢ و ١٩٦٣ وكما حدث من جامعة كاليفورنيا عندما حددت عدد الأسيويين المقبولين بها رغم صراحة مخالفة ذلك لحكم المحكمة الصادر سنة ١٩٨٧ .

ب - مبررات عدم الإذعان .

١ - إن المحكمة لا تمتلك سلطة النقود التى للكونجرس ولا سلطة السيف التى للسلطة التنفيذية ومن ثم فهى تعتمد فى تنفيذ أحكامها على مكانتها وسلطتها المعنوية والتى تكون قابلة للكسر بالمقارنة بسلطة الفرعين الآخرين.

٢ - إن الأحكام القضائية على كافة المستويات من الناحية الفنية تلزم أطرافها فحسب ، ومن ثم فإن الأطراف الأخرى التى فى مواقف مشابهة لا إلزام قانونى عليها بالخضوع ، ومن ثم فلها أن تجاهد لتتملص من حكم المحكمة العليا، وقريب من ذلك ما حدث بالنسبة لحكم المحكمة العليا سنة ١٩٧٦ بأن عقوبة الإعدام للقتل مع سبق الإصرار يشكل عقوبة وحشية وقاسية إذ اضطرت المحكمة إلى القضاء فى ٦٣ قضية أخرى بأحكام مماثلة وإن كان بصورة مختصرة لصالح أشخاص كان ينتظر توقيع عقوبة الإعدام عليهم.

٣ - وأحيانًا يرجع عدم الإذعان إلى نقص الوضوح الكافى بالحكم ، إذ إنه حتى يصدر الحكم لابد أن تتفق أغلبية المحكمة على رأى ، ويحدث أن تكون المحكمة منقسمة انقسامًا متكافئا فتحدث مفاوضات وتنازلات لإصدار رأى الأغلبية والذى قد يصدر نهاية بصورة غير واضحة ، مما يعطى ضوءا خافتا للمحاكم الأدنى لفهمه والإذعان إليه .

ومثال ذلك أن المحكمة أصدرت حكمها الصادر سنة ١٩٧٢ بشأن عقوبة الإعدام بعدم دستوريتها بوصفها عقوبة وحشية وقاسية مما يخالف التعديلين الثامن والرابع عشر ، وكتب كل من الخمسة قضاة المشكلين للأغلبية رأيا منفصلا مما أثار الخلاف .

وآية ذلك أن ٧٠ ٪ من الولايات والكونجرس الفيدرالى أعادوا إصدار قوانين الإعدام آملين أن تتفق مع الحكم ، واكتشف بعضهم أنهم أخطئوا لما أوضحت المحكمة حقيقة موقفها من العقوبة بأحكامها الخمسة التى صدرت سنة ١٩٧٦ .

ورأى البعض أن الغموض متصور حتى لو صدر الحكم بالإجماع كما حدث فى قضية براون (31).

المطلب الثانى

رأينا فى الموضوع

نرى أن هناك مغالاة عند التقرير بأن عدم الخضوع لأحكام المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قد استشرى وأصبح ظاهرة خطيرة أو أن الوضع قد أصبح ينجم بحدوث كارثة .

فالثابت أن اتهام المرأة الحامل والطبيب الذى أجرى الإجهاض توقف تماما بعد حكم رو ، وأن تحذيرات الميراندا والتى تعد ملزمة حال القبض على المتهم الجنائى زادت قرائتها بعد أن فهمها البوليس جيداً . وبالنسبة لقاعدة الاستبعاد **exclusionary rule** والتى مؤداها أن الدليل الذى يتم الحصول عليه بصورة غير مشروعة لا يجوز الاتكال عليه فى المحاكم الجنائية ، والتى فرضتها المحكمة العليا على المستوى الفيدرالى سنة ١٩١٤ وعلى مستوى الولايات فى قضية **Mapp** [32] سنة ١٩٦١ ، فإنه وإن كان البعض مثل رئيس القضاة بيرجر قد رأى أنها لم تردع البوليس فإن الإحصاءات تثبت غير ذلك، إذ الخضوع للإلزام الدستورى بالتعديل الرابع بالحصول على أوامر التفتيش زاد جداً بعد الإلزام بتلك القاعدة .

وفى علاقة المحكمة بالكونجرس والتى تظهر جليا فى قضايا إعادة التقسيم حيث يؤثر الحكم فيها على كيفية تشكيل الكونجرس ، عدلت المحكمة فى قضية بيكر سنة ١٩٦٢ عن اعتبار الموضوع من قبيل المسائل السياسية واقتحمته بجرأة تحسد عليها ، ولم تعبأ الأغلبية باعتراضات القاضى فرانكفورتر حول الأمر، وقررت قاعدة أن لكل شخص صوتا واحدا.

وخلال عام من حكمى المحكمة فى قضيتى [33] **Wesberry v. Sanders** و**Reynolds v. Sims** كان عدد ٤٥ ولاية قد عدلت قوانينها الانتخابية لتتفق مع قاعدة أن لكل شخص صوتاً واحداً .

كما استطاعت المحكمة أن تفرض إرادتها على الفرع التنفيذى وهو من المفترض تساويه معها إلا أنه قبل السيادة القضائية على أخطائه وموبقاته .

والمثال الأساسى لذلك الأمر هو قضية ووتر جيت سنة ١٩٧٤ [34]، حيث كان الخصم هو الرئيس نيكسون وقد أجبرته المحكمة على تسليم شرائطه الخاصة للمحقق وعددها ٦٤ شريطا تنطوى على أحاديث بينه وبين أقرب مستشاريه الذين يثق فيهم رغم أنها قد تستخدم كدليل فى المحاكمة الجنائية المعلقة والخاصة بسبعة من مستشاريه.

ورغم أن نيكسون كان قد ألح هو ومساعدوه إلى أنهم لن ينفذوا الحكم لو صدر بتسليم تلك الشرائط إلا أن المحكمة قبلت التحدى ، وفى فترة ضئيلة تبلغ ١٦ يوما ما بين المجادلة الشفوية وإعلان الحكم أصدرت المحكمة بإجماع قضاتها حكمها بتسليم تلك الشرائط – ومن ضمن هؤلاء القضاة من تم ترشيحه من قبل نيكسون نفسه، وأوضحت المحكمة صراحة أن مبدأ عدم قابلية الملك للخطأ لا محل له فى النظام الدستورى الأمريكى ، وأن ادعاء الرئيس بوجود امتيازات تنفيذية له تخوله سرية محادثاته واتصالاته يهزمه ويتغلب عليه ضرورة مراعاة الإجراء الواجب قانونا لتحقيق قضاء جنائى عادل والاحتياج الظاهر لدليل فى محاكمة جنائية معلقة، وعلى الفور أذعن نيكسون وسلم الشرائط وبعدها بستة أسابيع استقال خشية من اتهامه جنائياً وعزله.

وصفوة القول أن عدم الإذعان لحكم المحكمة – وفق ما نرى – يشبه عدم إذعان قائدى السيارات للحد الأقصى للسرعة المقررة قانونا ، بمعنى أن الأصل هو الإذعان والاستثناء[35] هو عدمه .

الفصل الثانى[1]

مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا

تقسيم :

المحكمة الدستورية العليا فى مصر والقضاء الدستورى عامة فى احتكاك دائم مع السلطتين الأخرتين إذ ليس سهلا على الفرعين الآخرين تقبل إبطال أعمالهما .

وبالنسبة لمحكمتنا برغم أنها تلتزم حدود الرقابة فلا تسرف ولا تحجم فيها كمسلك عام إلا أنها تعرضت فى الفترة الأخيرة ومنذ أوائل ١٩٩٦ لهجوم عليها بدأه وفتح بابه د/ أحمد فتحى سرور رئيس مجلس الشعب ، واستكمله د. مصطفى أبو زيد فهمى ، وتدخل فى الأمر أيضا د/ أحمد كمال أبو المجد – وإن كان تدخله حقيقية لصالح المحكمة.

وسوف تكون دراستنا فى هذا الفصل على النحو التالى :

المبحث الأول: رأى د. أحمد فتحى سرور رئيس مجلس الشعب والرد عليه.

المطلب الأول : استعراض الرأى .

المطلب الثانى : الرد على رأى د. أحمد فتحى سرور.

المبحث الثانى : رأى د/ مصطفى أبو زيد والرد عليه .

المطلب الأول : استعراض الرأى .

المطلب الثانى : الرد على رأى د/ مصطفى أبو زيد

المبحث الثالث : رأى د/ كمال أبو المجد.

المبحث الرابع : رأينا فى الموضوع.

المبحث الأول

رأى د/ أحمد فتحى سرور - رئيس مجلس الشعب .. والرد عليه

المطلب الأول

استعراض الرأى

يقوم رأى سيادته المهاجم للمحكمة والداعى إلى النظر فى تغيير قانونها على ما يلى :

١ - إن التشريع إذا ما اعتاد الناس على تطبيقه فإن الحكم بعدم دستوريته بعد فترة طويلة يخلق نوعا من الإخلال بالأمن القانونى إذ إن علو معنى القانون قيمة فى ذاتها لا يجوز التضحية بها، ولا يجوز أن تتحول الرقابة على دستورية القوانين إلى وسيلة للهدم وهز الاستقرار .

٢ - إن مشكلة الرقابة الدستورية اللاحقة لا نراها فى بلد مثل فرنسا لأنها تأخذ بالرقابة السابقة حيث يعرض القانون المشكوك فى عدم دستوريته قبل إصداره على المجلس الدستورى لحسم الشك ، وإذا كان القانون فى جوهره سياسة والسلطة التشريعية مكونة من ٤٥٤ عضواً بينهم ٥٠ قانونيا فهذا يكفى .

٣ - إنه توجد فى بعض النظم رقابة تحقق نوعا من الاستقرار كما هو الحال فى يوغوسلافيا وبعض دول أوروبا الشرقية حيث تشير المحكمة على مجلس الشعب بسرعة تعديل القانون الدستورى فإن لم يفعل حكمت هى بإلغائه .

٤ - إنه يرى أخذ رأى المحكمة الدستورية العليا قبل إصدار القانون بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو مجلس الشعب فإن وافقت لا يجوز لها التصدى لدستوريته بعد إصداره ، وفى هذا توسيع لاختصاصات المحكمة الدستورية العليا دون حاجة إلى تعديل الدستور لأن الدستور كفل الحق للمحكمة الدستورية العليا فى الرقابة على دستورية القوانين، فضلا عما يعطيه لها القانون من اختصاصات أخرى أما الذى يحتاج إلى تعديل دستورى فهو الأخذ بالرقابة السابقة كبديل عن الرقابة اللاحقة وليس بالإضافة اليها .

٥ - يعترض الدكتور أحمد فتحى سرور على نظر المحكمة الدستورية للقوانين السابقة على دستور ١٩٧١ إذ قد يخالف ذلك نص المادة ١٩١ من الدستور، ويشير ضمنيا إلى إمكان حدوث أزمة مثل تلك التى حدثت مع المحكمة العليا الأمريكية إبان عهد الرئيس روزفلت حال الإسراف فى الأحكام الدستورية[36].

المطلب الثانى

الرد على رأى د / أحمد فتحى سرور

بالنسبة للحجة الأولى فإنه ينبغى المقارنة بين مصلحتين إحداهما هى استقرار النص القانونى والأخرى هى علو الدستور وبالطبع فإن الأخيرة هى الأولى بالعناية ، ومن الخطأ التقرير بأن أحكام

المحكمة الدستورية تهدد استقرار النظام إذ الحق أنها تقوم اعوجاج القوانين القائمة وفى هذا حماية للشرعية وتحقيق للاستقرار لا مندوحة فيه ، إذا إن تنقية النصوص القانونية من شوائبها إعلاء لحكم الدستور وتعاون مع السلطتين الأخرتين فى ذلك الإعلاء.

هذا إضافة إلى أن فكرة الأمن القانوني ذاتها فكرة هلامية لأن لكل إنسان أن يقدر الأمن فى الجانب الذى يراه أنه يحقق مصلحته، ومن ثم فإن تلك الفكرة ليس لها معيار محدد أو ضابط واضح يمكن الركون إليه .

أما التزام المشرع العادى بما قرره الدستور فأمر شديد التحديد ظاهر الوضوح يؤكده ويعضده وتحرسه المحكمة الدستورية العليا بقضاتها المتبتلين فى محراب العدالة المتعبدين بإقامتها بين الناس بلا تمييز، ابتغاء حماية المجتمع من أن تتحكم فيه الأهواء أو تعصف به الفتن المترتبة على مخالفة موجبات التدرج التشريعى وإعلاء القانون على حساب الدستور .

– وبالنسبة للحجة الثانية الداعية لفكرة الرقابة السابقة فقد سبق لنا تناولها بتفصيل مسهب فى موضع آخر نحيل إليه منعا من التكرار ونذكر القارئ هنا بأن الرقابة السابقة من عيوب النظام الدستورى[37] الفرنسى وتهاجم فى بلدها وأنه سيأتى اليوم الذى تنتهى فيه هذه الرقابة ، هذا إضافة إلى أن قسم التشريع بمجلس الدولة يقوم بنوع من الرقابة السابقة وكل ما فى الأمر أن على الحكومة أن تراعى عرض كل مشروعات قوانينها عليه وألا تخل بهذا الالتزام.

– أما الحجة الثالثة التى تستند إلى أنظمة موجودة فى بعض دول أوروبا الشرقية كيوغوسلافيا، فلا نظن أن الحال الذى آلت اليه يوغوسلافيا بصفة خاصة ودول أوروبا الشرقية بصفة عامة يشجع على الاقتباس منه، ولا يمكن بعد أن وصلت محكمتنا الدستورية إلى قيمة عالية بين المحاكم الدستورية أن نضحى بها.

– أما الحجة الرابعة التى تدعو للجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة فى يد المحكمة الدستورية العليا، فإن تلك الرقابة السابقة ستؤدى فى الواقع العملى إلى تآكل الرقابة اللاحقة وهى تحتاج إلى تعديل دستورى لإقرارها ولا يمكن الاكتفاء بتعديل القانون فحسب، إذ ستحصن الرقابة السابقة نصوصا قانونية من رقابة المحكمة الدستورية اللاحقة عليها وهو الأمر غير الدستورى فى ذاته.

والرقابة السابقة من حيث الموضوع هى رقابة فى الفراغ لا تضاهى ولا تقارن بالرقابة اللاحقة التى تبنتها معظم الدول باعتبار أنها الأكثر فعالية والأنفذ أثرا، ذلك أن الرقابة اللاحقة إنما تباشرها المحكمة بعد أن يوضع القانون موضع التطبيق وبعد أن يختبر من وجهة نظر اجتماعية وبعد أن تكون أبعاده فى مجال التطبيق جلية واضحة والأضرار المترتبة عنه ظاهرة وقاطعة ، إذ دخول القانون مرحلة التطبيق هو المبين والمظهر لنطاق عواره الدستورى.

وبمعنى آخر فإن الجمع بين الرقابة المسبقة – بناء على طلب رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشعب أو رئيس الوزراء ، والرقابة اللاحقة بما تؤدى إليه بطبيعة الحال من منع المحكمة من نظر دستورية ما رأت جهة الرقابة المسبقة أنه دستورى، سيثبت أقدام التشريعات التى تريد الحكومة إبقاؤها سارية أيا ماكان الرأى القضائى فى عدم دستوريتها .

ولن يجد النص المطعون فيه أمام جهة الرقابة المسبقة من يفنده ويبين عواره ويدل على مواطن

ضعفه ، كما يفعل الخصوم أمام المحكمة حاليا ، وهكذا تقضى هذه الرقابة السابقة على حقوق المواطنين فى الذود عن مصالحهم التى اغتالها القانون والذى يظهر من التطبيق العملى له عدم دستوريته خلافا لوجهة نظر جهة الرقابة السابقة .

وعن الحجة الخامسة بالاعتراض على رقابة دستورية القوانين السابقة على الدستور، فذلك أمر لا محل له ويتنافى مع المنطق إذ لو كان الدستور السابق على الدستور القائم يتبنى نظامًا اشتراكيا ثم صدر دستور يتبنى نظامًا رأسماليا فلا يتصور أن تعمل الدولة فى نطاق مفهومين قانونيين مختلفين ، وعلى المحكمة الدستورية العليا حينئذ واجب توحيد هذه المفاهيم وإنزال حكم الدستور القائم على القوانين السابقة كى لا يحكم نشاط الدولة قوانين تتناقض مع بعضها ويكون أحدهما قائما على حرية السوق وآليات العرض والطلب وثانيهما قائما على التدخل فى الاقتصاد وتوجيهه من قبل الدولة بل والهيمنة عليه إلى حد يقلص دور القطاع الخاص أو ينهيه وبهذا المفهوم تتناغم النصوص القانونية ولاتتنافر، تتوافق ولا تتعارض، تتآلف ولا تتماحى[38].

هذا وقواعد العدالة ومنطق الأمور يقتضى أن ما سلف ينطبق على القانون من الناحية الموضوعية أما الشكل فيحكمه الدستور القديم وهذا ما قررته المحكمة الدستورية العليا.

وربما نقترح هنا أن ذات القواعد المذكورة تؤدى إلى جعل الرجعية هنا ليست مطلقة لتشمل الوقائع والعلاقات التى أقرها القانون المقضى بعدم دستوريته منذ صدوره وإنما يجب حينئذ جعل الرجعية نسبية بحيث تقف عند تاريخ صدور الدستور الجديد ولا تنطلق لأبعد من ذلك .

والأزمة الأمريكية الملوح بها توشك أن تكون « قميص عثمان » الذى يتعلق به كل من يسعى إلى حرمان المصريين من الصرح القانونى العظيم المتمثل فى المحكمة الدستورية العليا.

والحق أن هذه الأزمة [39] كانت لها ظروفها فى أمريكا حيث لم تمكن المحكمة الرئيس روزفلت من إنفاذ قوانين أراد بها الإصلاح الاقتصادى ، والمهم أن هذه الأزمة خرجت منها المحكمة أكثر قوة ولم يستطع روزفلت رغم كل شعبيته تعديل قانون المحكمة .

وإذا اعتبرنا أن ما حدث فى الفترة الأخيرة أزمة مشابهة وإن كانت أقل أثرا حيث لم يتدخل رئيس الدولة فى الأمر ، فمن ثم فإننا نعتقد أن المحكمة قد خرجت منها أكثر قوة كما حدث فى أمريكا.

المبحث الثانى

رأى الدكتور / مصطفى أبوزيد والرد عليه

المطلب الأول

استعراض الرأى

وجه سيادته سؤالا لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق جامعة الأسكندرية فى مادة القانون الدستورى صيغته كالتالى « اكتب فى الرقابة الدستورية مبينا كيف أهدرت المحكمة الدستورية العليا

فى مصر أحكام الدستور والقانون ؟، وما هو المخرج فى مثل هذا الوضع إذا تكرر ؟.

وهل يجب أن تكون الرقابة الدستورية رقابة قانونية أم رقابة مزاجية ؟.

وهل تصبح مهمة المحكمة الدستورية العليا كفالة تطبيق الدستور المصرى أم كفالة رقابة الدستور الأمريكى؟

وتقوم أفكار الدكتور على الأسس الآتية:

١ - إن المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها وكيانها ليست متروكة لمشيئة أفرادها إذ يحكمها الدستور والقانون، فأما الدستور فتوجد المادة ١٧٨ منه التى تقرر أنه ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار ، وهكذا فإن الأثر الرجعى للحكم أو الأثر المباشر ليس متروكا لمشيئة المحكمة ولا لاجتهاد أفرادها، ولا لرأيها الشخصى، وإنما جعله الدستور للقانون وحده ، والقانون هو الذى يقول متى يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى ومتى يكون له أثر مباشر ، وإرادة المحكمة فى ذلك واجتهاد أفرادها عديم الأثر تماما ، ولقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا ذاته رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فى صورته الأخيرة التى صدر بها من مجلس الشعب ومعه مذكرته الإيضاحية التى وضعتها اللجنة التشريعية ففرق بين القوانين الجنائية والقوانين غير الجنائية وجعل عدم دستورية النص الجنائى يسرى بأثر رجعى ، وعدم دستورية سائر النصوص الأخرى تسرى بأثر مباشر ، وهذا ما يجب أن تلتزم به المحكمة شاءت أم أبت أرادت أو لم ترد ، فإن هى فعلت غيرذلك فإنها بكل بساطة تهدر الدستور والقانون على السواء ومن هنا فلا مفر من القول بأنها عندما جعلت لحكمها بعدم دستورية قانون الانتخاب وهو حكم غير جنائى - أثرا رجعيًا - فإنها بذلك تكون قد أهدرت نص الدستور، وقانون إنشائها وأن الصحيح هو أن يكون لهذا الحكم أثر مباشر فقط فيبقى مجلس الشعب قائما ولا يعصف بكيانه ويكون للحكم بعدم الدستورية أثره فيما سيجرى بعده من انتخابات، هذا إضافة إلى أن تضمن أسباب أحكام المحكمة لعشرات الأسطر باللغة الإنجليزية ينطوى على مخالفة نص دستورى واضح هو نص المادة الثانية التى تقرر أن « الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية»، ولم يحدث رؤية هذا الوضع الشاذ والغريب مثلا من إحدى محاكم أيا من القضاءين العادى والإدارى.

ودعا سيادته - أخيراً - إلى حوار واسع وعلنى بجريدة الأهرام حول الرقابة الدستورية يشارك فيه رجال القانون جميعا لأن الرقابة الدستورية بطبيعتها - على خلاف سائر فروع القانون تحتاج فى مزاولتها إلى مزيد من الضوابط الدقيقة .

وأكد أن العلنية لا غضاضة فيها إذ إن قضاء المحكمة العليا فى أمريكا تجرى مناقشته من الجميع سواء كانوا رجال سياسة أم رجال فقه بهدف جريان الرقابة على النحو السليم.

وناشد سيادته المحكمة العدول عن مبدئها تأسيا بالمبدأ العُمرى فى القضاء الذى وضعه عُمر بن الخطاب رضى الله عنه إذ قال لقاضيه أبى موسى الأشعرى : « لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم، ومراجعته الحق خير من التمادى فى الباطل »[40].

المطلب الثانى

الرد على د/ مصطفى أبو زيد

يمكن الرد على فكرة الأثر المباشر التى يدعيها سيادته بما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا من أنه يترتب على الحكم القاضى بعدم الدستورية عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم ، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فإن جميع الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاما باتة .

وقد تكفلت المحكمة الدستورية العليا بالرد فى حكمها المنتقد من الدكتور مصطفى أبو زيد بالرد على فكرة الأثر المباشر فقضت بأن « ... الأصل فى الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هى لاتستحدث جديدا ولا تنشئ مراكز أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل بل هى تكشف عن حكم الدستور أوالقانون فى المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذى يلازمه عند صدوره الأمر الذى يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانا لوجه الصواب فى دستورية النص التشريعى المطعون عليه منذ صدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور فى حدوده المقررة شكلا وموضوعا فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه أم أنه قد صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفة وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره، وفضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز فى قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، وأوجب على الجهة القضائية عند الشك فى عدم الدستورية وقف الدعوى أوتأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى المسألة المثارة ، إنما كان يبغى بذلك تحقيق فائدة للخصم فى المنازعات الموضوعية التى أثير فيها الدفع الدستورى فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعى لأصبح لزاما على قاضى الموضوع – الذى أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك فى عدم دستوريته أن يطبق ذات القانون – بعد القضاء بعدم دستوريته ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق فى التقاضى وهو من الحقوق العامة التى كفلها الدستور فى المادة (٦٨) منه للناس كافة بالنسبة للمسألة الدستورية غير محدد ومجردا من مضمونه، الأمر الذى ينبغى تجريدالمشرع عن قصد التردى فيه . وبالإضافة إلى ذلك فإن النص فى المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضى الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل وذلك يؤكد قصد المشرع فى تقرير الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبق من علاقات وأوضاع نشأت فى ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته.

وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية أما فى المسائل الأخرى غير الجنائية فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى ترتكن إليه وتحد من إطلاق الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا فى تعليقها على نص المادة (٤٩) منه [41]. والحق أن قضاء المحكمة فيما يتعلق بالأثر الرجعى له أسبابه القوية والمنطقية التى تجعل عجيباً هذا النقد القاسى خاصة وقد جاء بعد ستة أعوام من صدور هذا القضاء .

– أما عن الاعتراض على تضمن أحكام المحكمة لعشرات الأسطر باللغة الإنجليزية فإن ذلك مردود عليه بأن الذى يخالف الدستور هو كتابة الحكم باللغة الإنجليزية، أما كتابته كله بلغة عربية تبلغ قمة السمو والرقى ورفاهية الحس ورصانة الكلم ، مع اقتباس بعض الفقرات المؤيدة للمعنى من بعض المراجع الأجنبية سواء باللغة الإنجليزية أو الفرنسية فذلك أمر مقبول ، وهذا مرجعه إلى أن رقابة الدستورية بصفة خاصة تحتاج إلى فكر متطور وإلمام بالأوضاع المقارنة فى الدول الأخرى ، وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا تستنير فى اتجاهاتها بما درجت عليه المحاكم الدستورية وعلى رأسها المحكمة العليا الأمريكية أقدم المحاكم الدستورية القائمة على وجه الإطلاق فلا بأس فى ذلك ويجب أن يكون جهد المحكمة مشكوراً وليس مذموماً، ولا ينال من ذلك الادعاء بأن اللغة العربية هى اللغة الرسمية للدولة وفق نص المادة الثانية من الدستور إذ توجد المخالفة الدستورية إذا ما كان المعنى لا يفهم إلا بالجزء الأجنبى وهو الأمر المتخلف بتمامه ، ومحكمتنا الدستورية تملك من نواصى الكلم مالاتملكه محكمة أخرى ومن ثم فهى لا تلجأ للعبارات الأجنبية فقراً وإعناتا. ويضاف لماسلف أمره أن ذكر الأصل الأجنبى للفكرة بالحكم يمثل تعضيداً لها وقطعاً لألسنة المتربصين بالمحكمة الذين يدعون أن المحكمة تأتى بمبادئ لا أساس لها فى الضمير الإنسانى والعالمى .

أما عن دعوة الدكتور مصطفى أبوزيد – فتح باب جريدة الأهرام لحوار واسع بين رجال القانون جميعاً حول الأثر الرجعى والأثر المباشر لأحكام المحكمة، فنرى أنه ليس من المناسب أن يقحم بقارئ جريدة يومية فى مناقشة فقهية حول هذا الأمر إذ يجب أن تكون تلك المناقشة فى ميدانها الصحيح وهو الكتب والمجلات القانونية.

ورأى الدكتور/ مصطفى أبو زيد – أقدم أساتذة القانون الدستورى فى جميع جامعات مصر على الإطلاق – يحتمل الصواب والخطأ، فلا يصح تدريسه على أنه حقيقة علمية قاطعة، ولا يصح امتحان طالب الحقوق فيه بحيث تقدر حصيلة الطالب العلمية بمقدار علمه بكيفية إهدار المحكمة لأحكام الدستور أو بقدرته على التفرقة بين الرقابة القانونية وتلك المزاجية.

والحق أن المرء مهما اختلف مع المحكمة الدستورية العليا – لم يلحظ أنها أهدرت أو هدمت أو أنقصت أو أغفلت أحكام الدستور أو مارست دورها بصورة مزاجية، فهى لم تمارس عملها وتحقق أسمى إنجازاتها فى تاريخنا القضائى إلا دعماً للدستور وحماية له، ومن ثم فهى فى جوهر دورها تعلى وترعى وتحمى الدستور .

ومما يثير العجب حقا أن فكرة الأثر الرجعى لم تتقرر لأول مرة بحكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق محل النقد ولكن تقررت منذ سنة ١٩٨٣ بحكم المحكمة فى القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ ق، أى أن الأمر مستقر عليه، وقد صدرت طبعة سنة ١٩٩٤ من كتاب الدكتور مصطفى أبو زيد «النظام الدستورى المصرى ورقابة دستورية القوانين » مشتملة فى مقدمتها على مديح

للمحكمة إذ ورد نصا أنه « ... وكانت الرقابة فى بدايتها رفيقة حانية ثم أدركتها سنة التطور فأصبحت جسورة جادة وقد تتابعت هذه الثروة القضائية حتى ملأت الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وحدها أربعة مجلدات كاملة»[42].

المبحث الثالث

رأى د/ كمال أبو المجد[43]

استطاع سيادته بحرفية شديدة وفى مقالتين متتاليتين بجريدة الأهرام أن يبلور حقيقة دور المحكمة الدستورية العليا، وأن يوضح أنها على الإجمال لم تخرج عن دورها وأن مقترحات الإصلاح المدعاة لا محل لها .

فأوضح سيادته أن نشاط المحاكم الدستورية فى الرقابة على دستورية القوانين هو التعبير العملى الفعال عن مبدأ « سمو الدستور» وارتفاعه فوق سائر القوانين، وبغير تلك الرقابة يظل الحديث عن سمو الدستور « وعلوه» حديثًا مرسلا لا قيمة له .. وما أصدق ما قرره الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى رسالته المشهورة لقاضيه من أنه « لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له » وما قررته المحكمة العليا الأمريكية من أن الدستور هو القانون الأعلى للبلاد وأنه يستعصى على التعديل بالوسائل التشريعية العادية، ولذلك تعين القول بأن ما تصدره الهيئة التشريعية من أعمال مخالفة للدستور لا يمكن أن يكون قانونا على الإطلاق وإلا كانت فكرة الدساتير المكتوبة عبثا تضيع به الشعوب أوقاتها محاولة تقييد سلطة تستعصى على التقييد.

ومهمة المحكمة الدستورية ليست ميكانيكية أو حسابية آلية تضع به الدستور فى جانب والقانون فى جانب كاشفة على نحو موضوعى خالص ما قد ينطوى عليه القانون من خروج على أحكام الدستور.

وقد ظهر فى تاريخ المحاكم الدستورية على امتداده وتعدد صوره سياستان قضائيتان مختلفتان بشأن الرقابة تميل أولاهما إلى الحذر الشديد فى ممارسة الرقابة والتردد الطويل قبل إعلان مخالفة القانون للدستور وتفسير الشك حول تلك المخالفة لصالح التشريع ، تجنباً لانتهاك المجال التشريعى المحجوز بنص الدستور للهيئات التشريعية المنتخبة ، وتسمى هذه المدرسة مدرسة التقيد الذاتى **self restraint**، أما المدرسة المقابلة فإنها تتبع سياسة أكثر إيجابية وجرأة فى تعقب المخالفات التشريعية للدستور، إيمانا بأن تلك السياسة هى التى تحقق سمو الدستور، والضمانات الحقيقة لحقوق الأفراد والأقليات وحرياتهم التى يكفلها الدستور، وظهرت مدرسة ثالثة تتبنى سياستين قضائيتين مختلفتين باختلاف ميدان الرقابة فهى تتبع السياسة الإيجابية **activism** فى المجال السياسى وما يتصل به من الحقوق وفى مجال التعبير التى هى فى نهاية المطاف أول وأقوى الضمانات لقيام ديمقراطية حقيقية مبناها المشاركة والاختيار الحر ، بينما تتسع سياسة التقييد الذاتى فى المجال الاقتصادى والاجتماعى إيمانًا بأن الاختيار بين البدائل المتاحة فى هذا المجال هو أخص خصائص الوظيفة التشريعية التى احتجزها الدستور للمجالس النيابية .

وفى تطبيق للوضع فى مصر رأى سيادته أن السنوات الخمس الأخيرة شهدت نشاطًا غير

مسبوق لمحكمتنا الدستورية فى ممارسة الرقابة على القوانين، وأن سياستها القضائية قد صارت أقرب إلى مدرسة الجسارة والإقدام خصوصاً فى ميدان حرية الاعتقاد والتعبير وضمانات المتهمين فى المحاكمات ومبدأ المساواة بين المواطنين، وأنها أسدت بذلك خدمة تاريخية لحقوق المصريين وحرياتهم تستحق أن تكون موضع اعتزاز كل مصرى ، فضلا عن أنها صارت بهذه السياسة القضائية معلما مشرفًا من معالم حياتنا السياسية تشهد بأن الدستور جد لا هزل وأن سيادة القانون حقيقية نافذة وليست شعاراً نبيلا يكذبه واقع غير نبيل.

ويؤيد سيادته – ونحن معه – السياسة القضائية الإيجابية فى ميادين الحقوق الشخصية والحريات المدنية والسياسية، بينما يفضل – ونحن معه أيضا– أن تتجه المحكمة إلى مزيد من التقييد الذاتى ، وإلى إعمال الضوابط التى قررتها هى فى العديد من أحكامها لسلطتها فى الرقابة على التشريع، وذلك حين يتصل الأمر بترتيب العلاقات الاجتماعية والاقتصادية .. حتى تظل تبعة التوفيق بين المصالح المتعارضة فى تلك الميادين واقعة على عاتق الهيئة المسئولة دستورياً عن تحقيق ذلك التوفيق وهى الهيئة التشريعية المنتخبة والممثلة لاتجاهات الجماهير.

وأحكام المحكمة من النوع الأخير هى الأقل عدداً ورغم ذلك تثير الاهتمام والهجوم مثل تلك المتعلقة بالعلاقة بين المؤجرين والمستأجرين[44] ، ومدى توارث عقد الإيجار بعد وفاة المستأجر الأصلى، وحق المطلقة الحاضنة فى البقاء هى ومحضونها فى مسكن الزوجية حين يكون لها مسكن آخر.

ويدافع سيادته عن اضطرار المحكمة التوغل فى هذا المجال بأن ذلك مرجعه لتقاعس المشرع عن تنظيمه ، ولو قام المشرع بدوره ما حدث التدخل من قبل المحكمة .

وبعد ذلك انتقل سيادته إلى مقترحات الإصلاح ، موضحا أنه لا توجد أزمة حقيقية تبررها، حيث قسمها إلى :

أولا : اقتراحات لا تحتاج إلى مناقشة وهى :

أ – أن تكون مداولات القضاة علنية، وهو مرفوض لمخالفته لجوهر التقاليد والمبادئ القضائية المستقرة وتهديده لحياد القضاة واستقلالهم.

ب – الدعوة إلى جعل القضاء الدستورى على درجتين، وهو مرفوض لإطالته غير المقبولة لأمد التقاضى وإثارة شك الناس حول حكم محكمة أول درجة الدستورية .

جـ – الإشارة إلى ضرورة توقيع عقوبات جنائية على القضاة الذين يتدخلون فى عمل السلطة التشريعية، وهذا أمر مرفوض لأن قضاة المحكمة الدستورية يؤدون دورهم المنصوص عليه بالدستور، ولأن تاريخ تلك العقوبات بفرنسا كان له ما يسوغه إذ توسعت الهيئات القضائية التى كانت قائمة فى فرنسا قبل الثورة الفرنسية فى الأمر وبصفة خاصة المحكمة المسماة برلمان باريس، وهو الأمر الذى لا أثر له فى مصر .

ثانيا : اقتراحات تحتاج إلى مراجعة واستدراك وأهمها ما يلى:

أ – الاقتراح باشتراط إجماع القضاة أو أغلبية موصوفة منهم لإصدار الحكم.

وجد اقتراح باشتراط إجماع قضاة المحكمة الدستورية للقضاء بعدم دستورية القانون، وذلك

تطبيقا للقاعدة المستقرة بأن المحكمة الدستورية لا تقضى بعدم الدستورية ما لم تكن المخالفة الدستورية صارخة واضحة أو فوق مستوى الشك المعقول. وكان أنصار هذا الاقتراح فى الولايات المتحدة يرون أن وجود أربعة قضاة يعترضون على الحكم يؤكد أن المخالفة الدستورية لا ترقى إلى أن تكون فوق مستوى الشك المعقول، وهذا ما دفع إلى تقديم اقتراحات بتعديل قانون المحكمة العليا الأمريكية أهمها اقتراح سنة ١٩٢٣ بجعل الأغلبية اللازمة لإصدار الحكم هى أغلبية سبعة قضاة .

وهذا الاقتراح سواء باشتراط الإجماع أو أغلبية موصوفة غير منطقى إذ يؤدى إلى تغلب رأى قاض واحد على رأى زملائه جميعًا فى حالة اشتراط الإجماع، وتغلب رأى أقلية القضاة على أغلبيتهم فى حالة اشتراط الأغلبية الموصوفة.

ب – اقتراح إعادة إصدار القانون بأغلبية موصوفة فى المجلس التشريعى .

اقتر ح البعض إعادة إصدار القانون المقضى بعدم دستوريته بأغلبية ثلثى أعضاء مجلس الشعب، وهذا الاقتراح مرفوض لأن مقتضاه أن مجلس الشعب يملك بتكرار المخالفات الدستورية مرتين أن يضفى عليها ثوب المشروعية والدستورية وأن يمنع المحكمة من محاولة التعقيب على ذلك – كما أن هذا الاقتراح يجعل مجلس الشعب سلطة عليا فوق الدستور لا يملك أحد مراجعتها أوالتعقيب عليها[45].

وإذا ذكرنا طبيعة النظام السياسى بمصر والتمتع الدائم لحزب الأغلبية بأغلبية عظمى فى تكوين المجالس المتعاقبة لأدركنا سهولة عودة المجلس إلى إصدار أى قانون تقضى المحكمة بعدم دستوريته، وبذلك يغلق الباب عمليا فى وجه مبدأ سيادة الدستور وعلوه ، كما سيهدر هذا الاقتراح وبشكل قاطع نصوص الدستور المتعلقة بكيفية تعديله.

وأخيراً ينهى سيادته مقالتيه بالتأكيد على أن محكمتنا – حقا – لا تزال تسلك منهجًا وسطًا وسبيلا قواما بين الإفراط والتفريط ، وأنها حين تقرر عدم دستورية بعض القوانين فإنها لا تمارس نشاطًا تشريعيًا تتجاوز به حدودها، وتقتحم به الاختصاص المحجوز للمجلس التشريعى ، ذلك أن المحكمة يقتصر عملها على تبيان العوار الدستورى ، دون أن تبين للمشرع بعد ذلك كيف يمارس سلطة التقدير الواسعة ، والتى يظل محتفظا بها وهو يصدر قانونا جديدا يرفع به العوار الدستورى الذى شاب النص القديم.

المبحث الرابع

رأينا فى الموضوع

تعرضنا فيما سلف لرأى كل من د/ أحمد فتحى سرور ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى وقمنا بالرد عليهما ، كما تعرضنا للرأى المؤيد لموقف المحكمة والمدافع عنها للدكتور كمال أبو المجد وللاقتراحات بالتعديل التى فندها ورفضها. ونرى أن المشكلة الأساسية التى تهاجم المحكمة منها هى مشكلة الأثر الرجعى لحكمها، لذا من المتصور إحداث أحد التعديلين الآتيين لتجنب الأثر الرجعى .

١ – اعتبار أحكام المحكمة الدستورية العليا نافذة فيما يقع بعد صدورها من وقائع دون أن تؤثر فى الوقائع التى رفعت الدعوى الدستورية بسببها ، ونرى أن فى ذلك تجريداً للحكم فى النزاع الذى

صدر فيه من كل قيمة ويتنافى مع الاعتبارات التى ذكرتها المحكمة بحكمها القيم الصادر فى الدعوى رقم ٣١ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩/ ٥ / ١٩٩٠ المشار إليها [46].

٢ - تحديد مدة زمنية طويلة نسبياً يبدأ بعدها سريان آثار الحكم بعدم الدستورية تحقيقاً للأمن القانونى ، وهذا يخالف طبيعة حكم المحكمة الدستورية العليا باعتباره حكما باتا.

ونقر بداية أن فكرة الأثر الرجعى للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا تمثل مشكلة كبيرة وتهديداً مستمراً على المحكمة الدستورية العليا وسببا للهجوم عليها ، ولكن ما باليد حيلة ، إذ لا يمكن التنكر من هذا الأثر وإلا أفرغ الحكم الدستورى من مضمونه على النحو المذكور سلفا.

ونرى أن الأثر الرجعى للحكم لا يحده إلا الحكم الحائز قوة الأمر المقضى فقط إذ لن يثبت التقادم إلا بحكم قضائى[47] .

لذا نرى أن المذكرة الإيضاحية قد أخطأت عندما أشارت إلى التقادم كسبب منفصل عن الحكم الحائز قوة الأمر المقضى .

ويبدو الضيق الحكومى من الأثر الرجعى جلياً وواضحا فى الحالتين الآتيتين :

١ - عدم دستورية النص التشريعى الذى أجريت انتخابات مجلس الشعب بناء عليه ، إذ مؤدى ذلك ولازمه بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه، وسيرا وراء ذات المنطق فإنه يترتب على ذلك عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين مما يهدد البلاد بانهيار دستورى كامل، إلا أن المحكمة بما عهدناه فيها من حصافة رأت أن البطلان لا يؤدى البتة إلى وقوع انهيار دستورى ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من إجراءات منذ تكوينه وحتى تاريخ نشر الحكم.

ولم تذكر المحكمة الأساس القانونى لما قررته وربما تفسير ذلك أنه من الصعب إيجاد أساس له عدا نظرية الضرورة الملجئة لاستمرار الدولة وحسنا ما انتهجته المحكمة إذ فيه درجة كبيرة من التقيد الذاتى، ومنع من الانهيار الدستورى وفتح لمجال الاجتهاد فى أساس هذا القضاء.

٢ - عدم دستورية قانون ضريبى .

سبق وأن استعرضنا قضاء المحكمة الضريبى تفصيلا ويترتب على الحكم بعدم دستورية قانون ضريبى ضرورة رد هذه الضريبة .

ولما كانت الضريبة تؤول مصدراً ماليا هاما لدخل الدولة يتضافر مع غيره[48] من الموارد لتستخدمه الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية سواء فى مجال الدفاع والأمن وغيرها من الشئون التقليدية أو لمواجهة ما جد من اختصاصاتها كتلك التى تتعلق بالصحة والتعليم أو لإشباع أعبائها الاجتماعية أو متطلباتها الاستثمارية وغير ذلك من احتياجاتها، لذا فإن رد الضريبة بصفة عامة أو الرسم غير المستحقين لابد وأن يكون متقيداً عن رد غيرهما مما دفع بغير وجه حق منعا من اضطراب ميزانية الدولة وفساد خططها .

واستناداً للأسباب المذكورة فقد جعل المشرع مدة التقادم فى استرداد الضرائب والرسوم غير المستحقة هى ذاتها مدة التقادم المقررة فى استرداد دفع غير المستحق بوجه عام [م ١٨٧ مدنى]، إلا أن التقادم بالنسبة للنوع الأول يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان المول يعلم بحقه فى الاسترداد أو لا يعلم، فإذا كان لا يعلم فليس هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة

تسرى من وقت الدفع إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير وهى ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع، وهذا بخلاف التقادم فى استرداد غير المستحق فى غير الضرائب والرسوم إذ تقادم الثلاث سنوات يسرى حينئذ من وقت علم الدائن بحقه فى الاسترداد[49] ويسقط هذا الحق على أى حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع، ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة (٣٧٧) مدنى مخصصة للأحكام العامة الواردة فى المادة (١٨٧) مدنى.

هذا وقد حدد القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ معدلا المادة (١٧٥) من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ جاعلا مدة سقوط الضريبة فحسب خمس سنوات.

ويرى رأى أن ما سلف لا ينطبق على حالة القضاء بعدم دستورية فرض الضريبة ذلك أن إعمال أثر التقادم لا يتأتى إلا حيث يكون الحق قد نشأ وتكامل فى ذمة المدين وحينما تكون المطالبة أمراً ميسورا من جهة القانون ، فإذا قام مانع يستحيل مع وجوده المطالبة قانونا بهذا الحق من جانب صاحب الشأن فإن ميعاد السقوط لا ينفتح إلا من التاريخ الذى يزول فيه هذا المانع والذى تصبح فيه المطالبة أمرًا جائزًا وميسورا قانونا [50].

ويقوم هذا الرأى على ركيزة من نص المادة ٣٨٢ مدنى والتى تنص على أنه « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيًا ، إذ يعتبر هذا الرأى أن قوانين الدولة ولوائحها المعمول بها يفترض فى أحكامها الصحة والمشروعية حتى وإن كانت هذه القوانين غير دستورية، ومن ثم فإنه خلال الفترة ما بين العمل بالقانون غير الدستورى والقضاء بعدم الدستورية، ما كان يمكن لذوى الشأن الامتناع عن تنفيذه والخضوع لأحكامه ، الأمر الذى يمثل مانعا ماديا يحول دون المطالبة بأية حقوق خلال تلك الفترة مما يترتب عليه ضرورة وقف أحكام التقادم ، ويزول هذا المانع بنشر الحكم القاضى بعدم دستورية القانون بالجريدة الرسمية ، ومن ثم يسرى التقادم منذ ذلك التاريخ. ويرى هذا الرأى أن المبدأ المذكور ينطبق بصفة عامة على جميع القوانين المقضى بعدم دستوريتها وليس القوانين الضريبية فحسب ، ومن ثم ينكر هذا الرأى فكرة سريان التقادم قبل نشر الحكم بعدم دستورية القانون أو اللائحة [51].

ويذهب رأى آخر إلى أنه لما كان التقادم ليس من النظام العام ويسقط إذا لم يطلب صاحب الشأن الحكم به ولا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، فهو ذو طبيعة هزيلة ولا يجوز أن يمنع الأثر الرجعى لحكم المحكمة الدستورية العليا، إذ الحكم يكتسب حجية مطلقة فى مواجهة سلطات الدولة والكافة ، والمنطقى أن يضرب بالتقادم عرض الحائط وأن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى مطلق ، خاصة وأن التقادم نظام سيء السمعة، ويتصادم مع شرائع السماء التى لا يسقط فيها حق لصاحبه أبدا بالتقادم حتى يقتضيه الله تعالى يوم القيامة .

ويرى هذا الرأى – أيضا – أن الرجعية لا يجب أن يحد منها الحكم الحائز قوة الأمر المقضى إذ يُصبح هذا الحكم بعد قضاء المحكمة الدستورية غير شرعى وكسب بالمخالفة للدستور، والأولى إرجاع الحق لصاحبه بعد القضاء بعدم الدستورية ، ولا يقدح مما سلف الحرص على استقرار المراكز القانونية إذ الاهتزاز الحقيقى للأمة يحدث بتعطيل أحكام عدم الدستورية [52].

ونحن من جانبنا لا نتفق مع الرأيين السالفين، وذلك لأن العمل بأحكام التقادم يؤدى للاستقرار

النسبى للأوضاع ويمنع أى اتجاه للحد من دور المحكمة، كما أنه حقا لم يكن يوجد مانع مادى أو أدبى يعوق صاحب الشأن عن ولوج الطريق القانونى للمطالبة بحقه والدفع فى النزاع الموضوعى بعدم دستورية القانون أواللائحة .

ورب قائل أن صاحب الشأن قد يلجأ إلى الطريق السالف ويفشل لأن المحكمة أوالهيئة ذات الاختصاص القضائى لم تستجب لدفعه رغم استجابة غيرها لغيره الأمر الذى لا ذنب له فيه .

وهنا يمكن الرد على ذلك بأن تلك الحالة ستكون نادرة جدا ومندرجة ضمن الحالات المستقرة بالحكم ، ومن ناحية أخرى يكون لصاحب الشأن حق حينئذ فى مجال التعويض.

وهكذا تعد فكرة التقادم فى مجال رجعية الأثر المترتب على الحكم الدستورى فى كافة المجالات بصفة عامة ضابطا متميزا ومفيدا للحد من الأثر الرجعى المطلق للحكم [53].

وبتطبيق المبدأ السالف على الضرائب والرسوم خاصة يبين أن القضاء بعدم دستورية أيهما لا ينال من سريان التقادم الثلاثى على الضرائب أو الرسوم المدفوعة استناداً للقانون المقضى بعدم دستوريته ، من يوم دفع تلك الضريبة [54] أو الرسم وليس من اليوم التالى لنشر الحكم.

وهكذا نرى أن الأمر لا يشكل كارثة كبيرة على الحكومة فى حقيقته وجوهره أو بمعنى آخر أن التهويل فى مجال أثر الحكم الدستورى فى مجال الضرائب أو الرسوم غير صحيح.

ولما كانت المادة (٣٨٧) من القانون المدنى تنص على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين..........» [55].

والواضح من النص السالف أن التقادم - بحسب الأصل - لا يعد من النظام العام وأنه يتعين للقضاء به أن يتمسك به المدين، ومرد ذلك إلى أن التقادم المسقط إنما يقوم على مظنة الوفاء وضمان استقرار الأوضاع ، وبالتالى فإن الدفع به أمر يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة كما يتصل بضميره ولذلك جعله القانون خيارا بيده بحيث يكون له ألا يتمسك بالتقادم إذا كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين وتحرج من الدفع بسقوطه.

ولما كانت أحكام القانون المدنى الخاصة بالتقادم لا تميز بين ديون الأفراد وديون الحكومة ، ومن ثم فإن هذه الأحكام تسرى جميعها فى العلاقة بين الحكومة والأفراد ، كما تسرى فى علاقة الأفراد بعضهم والبعض سواء بسواء.

وترتيباً على ما تقدم يكون للحكومة أن تتمسك بالتقادم المسقط لما عليها من ديون إن رأت فى ذلك مصلحتها أو استقرار أوضاعها كما يكون لها ألا تتمسك به - وهذا ما نرجحه - مراعاة لانشغال ذمتها بالدين، وأنه لا يجدر بها أن تتمسك بتقادمه وهى الأمينة على حقوق الأفراد الذين ركنوا إلى الثقة فى وفائها وقصدت بهم ظروفهم عن ملاحقة المطالبة بحقوقهم [56].

وهكذا نخلص مما سلف إلى أن الدفع بالتقادم وسيلة كفلها القانون للحكومة لتتخلص من رد الضرائب[57] ، [58] والرسوم المقضى بعدم دستورية تحصيلها حتى لا تضطرب خططها ، إلا أن الأولى والأجدر أن تتنازل الحكومة عن هذا الحق لبناء جسور الثقة مع المواطنين، والأمر كله مرده إلى حكمتها وتقديرها.

فإذا استبانت الحقيقة على النحو المذكور وإذا كانت المحكمة من ناحية منعت الانهيار الدستورى ،

وكانت أحكام التقادم مانعة هى الأخرى لفساد الخطط المالية للدولة ، فإن الهجوم على المحكمة بحجة عدم استقرار الأوضاع يكون قد ورد على غير محل إذ وهت دعامتاه اللتان قد لا تذكرا صراحة.

وهكذا تعد فكرة التقادم فى مجال رجعية الأثر المترتب على الحكم الدستورى فى كافة المجالات بصفة عامة ضابطا متميزا ومفيدا للحد من آثار الرجعية ومن الأمور التي تساهم كثيراً فى صد الهجوم على المحكمة.

وتحقق فكرة التقادم وفقا للحدود والضوابط التى أوضحناها سلفا المصالح الآتية مجتمعة .

أولا : مصلحة المحكمة فى نفى اتهامها بأن أحكامها بعدم الدستورية تؤدى لعدم استقرار الأوضاع، إضافة إلى إعطائها حرية أكبر فى القضاء بعدم الدستورية طالما أن حكمها لن يؤدى فى حقيقته لعدم استقرار الأوضاع بصورة فاحشة .

ثانيا: تحقيق مصلحة رافع الدعوى الدستورية بحسبان أن التقادم بالنسبة إليه قد انتفى برفعه دعواه الموضوعية.

ثالثا : تحقيق مصلحة غير رافع الدعوى الذى لم تنقض مدة التقادم بالنسبة اليه أو حتى الذى انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه إلا أنه رؤى عدم التمسك به سواء كان المتمسك به هو الحكومة أو الأفراد حسب الأحوال الواقعية.

رابعا: تحقيق مصلحة الحكومة فى التمسك بالتقادم من عدمه حسب ظروفها حال كونها هى الملتزمة بالرد كما فى المسائل الضريبية .

خامسا : تحسين شكل المحكمة قبالة الرأى العام إذ لو ظهرت المحكمة أمام الرأى العام بوصفها لا تعترف بالتقادم، فإنها بذلك تكون قد خرجت على صريح نص المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا ذاته ومن ثم يسهل الهجوم عليها بوصفها حكومة قضاة، وإذا كانت المحكمة هى التى تحمى الدستور فإن الرأى العام هو الذى يحمى المحكمة .

سادسا: لو افترض حقا بمخالفة فكرة التقادم للشريعة الإسلامية فإن ذلك لا ينال من تطبيقها وفقا للمعيار الذى ألزمت به المحكمة الدستورية نفسها والذى يقضى بأن الرجوع لأحكام الشريعة يكون بالنسبة للتشريعات اللاحقة للتعديل الدستورى للمادة الثانية من الدستور سنة ١٩٨٠، حيث إن قانون المحكمة الدستورية العليا صدر سنة ١٩٧٩ .

هذا ومن الجلى أن الرجعية فى أمريكا موجودة أيضا وهى نسبية[59] وليست مطلقة .

الفصل الثالث

مستقبل الرقابة القضائية الدستورية

تقسيم :

رغم كل محاولات الهجوم على رقابة الدستورية والقضاء الدستورى فى الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، ورغم محاولات الحد من دور كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية ، إلا أن واقع الحال ينبئ ويؤكد أن غد الرقابة أكثر إشراقًا وتوهجًا .

ويتوقف مستقبل الرقابة المشرق على دعامتين ، أولهما : فهم الطبيعة الحقيقية للرقابة ، وثانيهما اعتماد مبدأ الحوار الدستورى .

وسوف نتناول أيضا فى هذا الفصل مستقبل الرقابة بمعنى النصوص القانونية التى من المتوقع مستقبلا أن تنالها سهام الدستورية، إذا ما حدث وسمحت الفرصة بعرضها على المحكمة الدستورية العليا .

ولذلك سوف تكون دراستنا فى هذا الفصل على النحو التالى :

المبحث الأول : مستقبل الرقابة الدستورية المشرق .

المطلب الأول : طبيعة الرقابة الدستورية .

المطلب الثانى : مبدأ الحوار الدستورى .

المبحث الثانى : نصوص يتوقع القضاء بعدم دستوريتها .

المبحث الأول
مستقبل الرقابة الدستورية المشرق

المطلب الأول
طبيعة الرقابة الدستورية

إن مستقبل الرقابة الدستورية وإمكانيات تطورها يعتمد أساسا على كنهها وطبيعتها فكلما كانت تلك الرقابة ذات طبيعة قانونية صرفة كلما كانت الرقابة بطيئة التطور وكلما مالت تجاه الطبيعة السياسية كلما كان غدها أكثر إشراقا وتطوراً مع تطور العوامل والظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

ويوجد اتجاهان فى هذا الشأن نعرضهما على النحو التالى :

الاتجاه الأول :

يؤمن بالبعد القانونى للرقابة بمعنى أن مهمة القاضى هى الفصل فى المنازعات ذات الطابع القانونى فعند تعارض التشريع مع الدستور فإن الواجب الطبيعى للقاضى هو أن يطبق الدستور بوصفه القانون الأعلى حال تعارضه مع النص التشريعى وهو القانون الأدنى، وسبق للمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى قضية الولايات المتحدة ضد بتلر أن قضت بمثل ذلك المفهوم .

ورقابة الشكل هى أول ما يقوم به القاضى الدستورى إذ يتأكد من مطابقة القانون للأوضاع الشكلية المنصوص عليها بالدستور ، ويمكن أن يقوم القضاء العادى بهذه الرقابة حتى ولم لم يوجد نظام الرقابة القضائية الدستورية كما هو الحادث فى فرنسا.

ورقابة الشكل لا توجد بها شبهة سياسية بل هى ولا غرو رقابة قانونية خالصة. فإذا ما تأكد القاضى من سلامة القانون من حيث الشكل ينتقل إلى مرحلة تالية وهى مدى اتفاقه أو مخالفته للدستور، وأنصار الرقابة القانونية يرون أن دور القاضى هو المقابلة الحرفية بين نصوص القانون ونصوص الدستور للبحث عن التعارض بينهما فإذا تجاوز وراء ذلك خرج بالرقابة من البعد القانونى إلى البعد السياسى، وهذا ما لا يجوز.

الاتجاه الثانى :

يؤمن بالبعد السياسى للرقابة ، وقد أوضح هذا البعد السياسى للرقابة الفقيه الفرنسى بيردو، إذ يرى أن الأسس النظرية والمنطقية التى تقوم عليها الرقابة جديرة بالاحترام، وأن الدستور ما دام هو القانون الأعلى فى البلاد فلا مناص من احترامه بما يستتبعه ذلك من بطلان القانون المخالف له .

ومن ثم يتعين وجود جهة أخرى غير الجهة التى وضعت القانون تختص برقابة الدستورية، ورغم استناد الفكرة إلى تلك الأسس المنطقية إلا أنه يستحيل تطبيقها عمليا بالوسائل المناسبة ومن ثم قد يكون من الأنسب البحث عن وسيلة أخرى لمنع تعسف السلطة التشريعية .

ومقارنة القانون بالدستور تتجاوز وجهة النظر القانونية الدقيقة، ولو كان تدخل القاضى مقصورا على المقارنة بين نصين فإن تدخله لن يجدى شيئا لأن المشرع من المهارة بحيث لا يخالف صراحة الدستور، ولابد لقيام القاضى بمهمته أن يحدد نوايا واضعى الدستور ونوايا المشرع ويتوقع آثار القانون وأصدائه، الأمر الذى يلزم بأن يضع القاضى نفسه مكان واضعى الدستور مما يعد اقتحاما للساحة السياسية وخروجا عن حدود الوظيفة القضائية.

ولما كان الدستور يعتمد على توجيهات غير حاسمة فمن ثم لا توجد ركيزة يستند إليها القاضى فى رقابة الدستورية ، ومن ثم فإن السلطة القضائية مدعوة استناداً لسلطتها فى رقابة دستورية القوانين لتقمص دور العراف أى تقمص دور واضع الدستور الراقد تحت الثرى .

ويعترض بيردو على رقابة الدستورية استناداً لما سلف، ويرى أن الحالات التى لا يثور فيها شك فى وجود مخالفة دستورية لا تستدعى تنظيما للرقابة الدستورية بحسبان أنه يمكن الاعتماد فى ذلك على رد فعل الرأى العام .

وفى حالات المخالفة الخفية لا يجد القاضى فى عبارات الدستور ما يمكن الاستعانة به لتطبيقها على الوقائع الجديدة .

ونرى أن الرقابة الدستورية هى رقابة قانونية(60) وسياسية فى ذات الوقت إذ إن مادة الرقابة سياسية بطبيعتها لأنها تنصب على عمل الساسة المنظمين لشئون الدولة وهم المشرعون. وإذا كان القاضى يحاول قدر جهده الالتزام بضوابط الرقابة الموضوعية إلا أن قيام القاضى بالتعرف على نوايا المشرع العادى وواضعى الدستور فى معرض الرقابة على دستورية القوانين توصلا لاكتشاف المخالفة المستترة تجعله يعتمد بالضرورة على معيار شخصى كما أن الضوابط الموضوعية من خلقه هو فمن ثم لا زال للمعيار الشخصى، دور كبير يؤدى حتما لوجود دور سياسى.

وإذا كان أنصار الرقابة القانونية يرون ضرورة التقيد بالنصوص المكتوبة دون تجاوزها إلى ما يعلو الدستور من مبادئ حتى لا يحل القاضى الدستورى نفسه محل المشرع الدستورى، فإننا نرى عدم صحة ذلك إذا لا زالت مبادئ الدستور ذات طبيعة مرنة وفضفاضة ولا يمكن ضبطها وتحديدها بغير الرجوع لما استقر من مبادئ فى الضمير الإنسانى والعالمى، وإلا خلت الرقابة من أى مضمون ، وهذا ما انتهجته محكمتنا الدستورية (61) فى العديد من أحكامها على النحو الذى أوضحناه فى الباب التحليلى .

وهناك حكم للمحكمة يبدو أنه يشير ضمنا إلى تلك الطبيعة السياسية وذلك فى قضية مؤداها أن أحد المستشارين المنتدبين بهيئة مفوضى المحكمة الدستورية من مجلس الدولة طعن على قرار تعيين اثنين آخرين من الهيئة كأعضاء بالمحكمة، وهنا قررت المحكمة أن العمل فى هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا مستقل فى طبيعته وخصائصه عن الرسالة التى تقوم عليها المحكمة فى مجال ممارستها لاختصاصاتها المحددة بالدستور وبقانون إنشائها، ذلك أن هيئة المفوضين تعكس فى التقارير التى تقدمها إلى المحكمة وجهة نظر قانونية مجردة وهى وجهة تدخلها المحكمة فى اعتبارها مضيفة إليها طبيعة المصالح التى تتنازع فيما بينها فى شأن الموضوع المعروض عليها ، ووزن كل منها ودرجة تناقضها وإمكان التوفيق بينها ، وما يقتضيه ترجيح إحداها - تغليبا لموجباتها - من حلول(62).

فإذا كانت المحكمة تقر بأن هيئة المفوضين تراعى الاعتبارات القانونية الخالصة بينما هى تراعى المصالح المتعارضة، فلا بد وهى تراعى هذا الأمر أن تراعى مصلحة المجتمع ككل والذى تتأثر أوضاعه ولا غرو بالطبيعة العينية لأحكامها والملزمة لكافة الجهات فى الدولة، ومن ثم يؤكد هذا الأمر الطبيعة السياسية للرقابة .

ويؤكد هذا الأمر أيضاً أن المحكمة لا يمكنها أن تقضى بحكم يؤدى لاضطراب الأوضاع حتى ولو كانت المعايير الفنية والقانونية التقليدية تؤدى إلى الأخذ بغير ما انتهجته المحكمة، إذ حينئذ سرعان ما تبتعث المحكمة وتختلق من المعايير الجديدة ما يبرر قضاءها، ويظهر ذلك جليا فى حكمها الصادر بحل مجلس الشعب مع بقاء قوانينه السابق إقرارها على أصل صحتها ما لم يُقض بعدم دستوريتها بسبب آخر، إذ هنا منعت المحكمة حقا الانهيار الدستورى مستندة فى ذلك – وفقما نعتقد – لنظرية استمرار الدولة ومنع فنائها.

ورغم كل الضوابط والقيود وطرائق التفسير سالفة الذكر فلا زال الدستور – وحسبما قرر القاضى هيوز – هو ما يقوله قضاة المحكمة العليا ، ولا شك أن حكم القاضى يعتمد على المقدمات التى كونت شخصيته ومن ثم تتحكم فى سلوكه، فإذا كان القاضى بحسب مزاجه واقتناعه الراسخ من المعرفة والتجربة من ذوى الميول الفردية، أو متعاطفا مع الولايات الصغيرة ومساندا لها كما فعل القاضى **William James**، أو من الاشتراكيين المؤمنين بحق المجتمع فى الرقابة، أو محافظًا مثلما كان رئيس المحكمة العليا **White** والقضاة **Van devanter** و **Sutherland** و **Field** فما من شك فى أن هذه القناعات الراسخة والأفكار الثابتة لا يوجد منطق قانونى يمكن أن يؤثر عليها وتظهر فى الحكم على نحو يستحيل تفاديه (63).

وصفوة القول أنه لا يعد إسرافا التقرير بأن الرقابة الدستورية هى رقابة تتدخل فيها وإلى حد ما الاعتبارات السياسية مهما حرص القاضى على تفادى ذلك ، وأنه من الناحية النظرية يصح القول أنها ذات طبيعة قانونية أو أن القاضى فيها يباشر مهمة قانونية خالصة، إلا أن الواقع يثبت خلاف ذلك ، إذ لا يمكن للقاضى الدستورى إلا أن يفسر النصوص الدستورية لا على أنها أحكام مجردة ولكن على أساس من أنها أحكام حية تتفاعل وتتطور مع المجتمع وظروفه، وسيظل دور المحكمة الدستورية فى أى مكان حر – حقا – أن تعمل على إيجاد الصلة أو همزة الوصل بين نصوص الدستور المحلى وبين المبادئ الإنسانية المستقرة ، وهى فى ذلك تلعب دوراً سياسياً تقدمياً لا محالة.

وهكذا نتوقع فى إطار من هذا الفهم أن تتطور الرقابة كلما طورت المحكمة من معانى النصوص الدستورية نحو غد أكثر إشراقا .

المطلب الثانى

مبدأ الحوار الدستورى

يرى لويس فيشر أن الكونجرس من حقه أن يمرر تشريعا يلغى ما يراه سوء تفسير قضائى من المحكمة،ولا يستطيع أحد أن يلومه على ذلك، وبالنسبة للتفسير الدستورى فإن الكونجرس يستطيع أن يكسب الجولة حال تعارض وجهة نظره مع هذا التفسير مع الوقت، وذلك عن طريق التغير الذى يحدث فى تركيبه المحكمة أو آراء القضاة ذاتها.

ولا ينال ذلك من مكانة السلطة القضائية إذ إن عمل المحكمة العليا هو مواءمة اللغة العامة للدستور مع الاحتياجات المتغيرة للأمة ، الأمر الذى يؤدى إلى حركية الدستور وعدم ثباته، و يدعو ويشجع سيادته قيام المشرع بالتشريع بصورة تحث المحكمة على إعادة النظر فى قراراتها من وقت لآخر ليهيئ للمحكمة فرصة التطوير.

ولا يجب النظر حينئذ للمحكمة بوصفها قد أخطأت فى السابقة التى عدلت عنها ، إذ إن العدول أمر صحى - حسبما أسلفنا .

ومثال ما سلف أن المحكمة سبق لها أن ألغت تشريعات الكونجرس المنظمة لعمالةالطفل على أسس دستورية ، وحول الكونجرس أسس هذه التشريعات من فقرة التجارة إلى فقرة الضريبة وهنا أيضا قضت المحكمة بعدم دستورية القانون، وأخيرا فى سنة ١٩٣٨ عاد الكونجرس ثانية لفقرة التجارة فأيدت المحكمة دستورية القانون(64).

ويشبه هذا الأمر إصرار الكونجرس على إصدار قانون الحقوق المدنية سنة ١٩٦٤ رغم أنه كان من الواضح مخالفته للمبادئ السابق تقريرها من المحكمة فى حقبة ماضية سنة ١٨٨٣ .

وهكذا يبدو أن التعارض الظاهر ما بين المبدأ القضائى والفلسفة التشريعية لم يمنع الكونجرس من إعادة المحاولة، وقد عدلت المحكمة عن موقفها وأيدت القانون استناداً لفقرة التجارة بين الولايات (65).

وهكذا فإن هذا التناغم والحوار ما بين المحكمة والكونجرس أفضل تماما من الاعتقاد فى السيادة القضائية المطلقة . وليس مستغربا حال الخلاف بين المحكمة والكونجرس حول أمور دستورية أن يكون الكونجرس على صواب .

وإذا كان هناك احتياج فى أوقات معينة للإجماع ولحكم عنيف كما حدث فى قضيه ووتر جيت سنة ١٩٧٤ فإن مثل هذا الاحتياج لا يتكرر كثيراً ، ولا بأس أن تتخذ المحكمة أحكاما استكشافية لتبين الأمر وردود الفعل قبل أن يستقر إجماعها على حال.

ويمكن أن تتخذ المحكمة أحكاما فى أوقات الأزمات لا تلجأ إليها فى الأوقات العادية كالمعاملة التى حدثت لليابانيين أثناء الحرب العالمية الثانية .

وخلاصة القول أن التفسير الدستورى أمر مخول للجميع وليس مقصورا على المحكمة وحدها ، وهذا يساعد على إحداث الحوار الدستورى بين المحكمة والفرعين الآخرين والشعب ككل .

ويخلص لويس فيشر إلى أن الأمة الأمريكية تشعر بأمان أكثر لما تتفتت السلطة فى ظل نظام الفحص والتوازن ، وهوالأمر الذى يفضى لأن تمكن محكمة غير منتخبة من مراقبة أعمال الفرعين المنتخبين ، ويفضى أيضا إلى أن التفسير الدستورى ليس مقصوراً على المحكمة فقط، إذ يرى لويس فيشر أن السيادة مرفوضة لأى من الأفرع الثلاثة .

وهكذا فإن الحوار الدستورى يقوم على خطأ المبالغة فى الاعتقاد فى السيادة القضائية المطلقة وفى اعتبار القضاء الدستورى حامى حمى القواعد الدستورية، إذ لو حدث ذلك لتحمل القضاء الدستورى ما لا يطيقه ولا يقدر عليه. وقد قرر رئيس المحكمة العليا الأمريكية إيرل وارن ذات مرة أنه يجب على القضاة أن يلعبوا دورا محدوداً فى النظام السياسى إذ تقع مسئولية وضع القواعد المتفقة

مع الدستور على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية بل إنه حتى فى ذلك المجال لايجب زيادة الاتكال على السلطتين الآنفتين بحسبان أن ذلك مسئولية كل مواطن[66].

ومما يؤكد ما سلف أن الرئيس الأمريكى جيمس بوكانين قد ذكر ذات مرة أن ما تنقسم عليه الأمة الأمريكية بصدد العبودية تختص به المحكمة العليا دستورياً وكان جزاء تحميل المحكمة لهذه المسئولية هو أن حكمها فى قضية العبد درد سكوت قد أدى إلى قيام الحرب الأهلية الأمريكية. وهكذا لاحماية للحرية والديمقراطية ولمبادئ الحكومة المقيدة بغير رفض للسيادة المطلقة للسلطات الثلاث فى الدولة. وشيئًا مشابها لما حدث فى أمريكا حدث فى مصر عندما انقسمت الأمة حول قانون الصحافة ، وعرض الأمر كدعوى تفسير على المحكمة فذهبت [67] المحكمة الدستورية إلى عدم قبول الطلب، وخيرا ما فعلت .

وهكذا يبدو أن المحكمة الدستورية فى مصر بوصفها حديثة العهد تستفيد من عثرات وأزمات المحكمة العليا الأمريكية العتيقة فى العمر وهو أمر مستحسن.

وياليت مستقبل الرقابة الدستورية يقوم على أساس الحوار الدستورى ورفض للسيادة القضائية ففى ذلك أفضل حماية للقضاء الدستورى.

المبحث الثانى

نصوص يتوقع القضاء بعدم دستوريتها

هناك نصوص عديدة يتوقع القضاء بعدم دستوريتها لوسمحت الفرصة وعرضت على المحكمة الدستورية العليا، وسوف نكتفى نموذجين لتلك النصوص على سبيل المثال لا الحصر على النحو التالى :

المطلب الأول

المادة الثالثة من القانون ١٠١ لسنة ١٩٨٧

بتقرير علاوة خاصة للعاملين بالدولة والقطاع العام

تنص تلك المادة على أنه :

« لا يجوز الجمع بين العلاوة الخاصة المنصوص عليها فى هذا القانون وبين الزيادة التى تقررت فى المعاش اعتباراً من أول يوليو سنة ١٩٨٧ ، فإذا زادت قيمة العلاوة عن الزيادة فى المعاش أدى إلى العامل الفرق بينهما من الجهة التى يعمل بها.

ومفاد هذا النص أن المشرع بعد أن قرر علاوة خاصة للعاملين بالدولة والقطاع العام الموجودين بالخدمة وقت العمل بأحكام هذا القانون أو الذين سيعينون مستقبلا حظر الجمع بين هذه العلاوة وبين الزيادة التى تقررت فى المعاش اعتباراً من ١ / ٧ / ١٩٨٧ ، فإذا زادت قيمة العلاوة عن الزيادة فى المعاش أدى إلى العامل الفرق بينهما من الجهة التى يعمل بها .

وعلى هذا فإنه إذا ما قضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٢ بضم تلك العلاوة المقررة بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ إلى راتب العامل فإن الجزء الذى سيضم للعامل هو الفرق بين قيمة العلاوة الخاصة والزيادة التى تقررت فى معاشه العسكرى وذلك فى حالة زيادة هذه العلاوة على الزيادة فى المعاش [68].

وكانت الفقرة الأولى من المادة (٩٩) من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢تنص على أنه « إذا عين صاحب معاش على درجة مالية فى الجهاز الإدارى للدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات أوالمؤسسات العامة أو هيئات القطا ع العام وشركاته، أوقف صرف معاشه طوال مدة خضوعه لأحكام قانون التأمين الاجتماعى، فإذا كان صافى المرتب الأساسى الذى يتقاضاه صاحب المعاش المعين فى إحدى الجهات المشار اليها أقل من المعاش المستحق له من القوات المسلحة مضافاً إليه ٢٠٪ منه يصرف له من المعاش ما يعادل الفرق بينهما على أن يستنزل من جزء المعاش المنصرف له أى زيادة تطرأ مستقبلا على هذا الصافى حتى انتهاء خدمته المدنية ...» .

وكانت المحكمة الدستورية [69] قد قضت بعدم دستورية الفقرة المذكورة تأسيسا على أن العدوان على أى من المعاش أو الأجر ينحل إلى إخلال بالملكية الخاصة التى كفل الدستور فى مادته الرابعة والثلاثين أصل الحق فيها وأحاطها بالحماية اللازمة لصونها ، تلك الحماية التى جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على انصرافها إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ، واتساعها بالتالى للأموال بوجه عام.

وذهبت المحكمة إلى أنه ليس ثمة ما يحول دون الجمع بين الحق فى المعاش والأجر لاختلافهما مصدرا وسببا ، ذلك أنه بينما يعتبر نص القانون مصدرا للحق فى المعاش فإن استحقاق أجر العمل مرده إلى رابطة العمل ذاتها تنظيمية كانت أم تعاقدية ليرتبط بها ويرتد إليها فى مصدره المباشر.

كذلك يعتبر المعاش مستحقا عن مدد خدمة سابقة بالقوات المسلحة مؤدى عنها حصص تأمينية بينما الأجر هو المقابل المشروع للعمل .

ووفقا لذات المبادئ ذهبت المحكمة [70] لعدم دستورية نص المادة ٤٠ من قانون التأمين الاجتماعى.

ونرى أن الأساس الذى قام عليه الحكمان المذكوران يصلح للقضاء بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ سالفة الذكر، إذ إن الزيادة التى قررتها تلك المادة وإن كانت زيادة قانونية إلا أنها فى حقيقتها وجوهرها مقابلا مشروعا للعمل وأداء العمل هو سبب استحقاقها، فلا يجوز منع منحها لاستحقاق العامل زيادة فى معاشه والتى لها سبب آخر مختلف تماما.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن مقتضى مبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادة (٤٠) من الدستور عدم جواز حرمان العامل من العلاوة بكاملها لمجرد استحقاقه زيادة فى المعاش، إذ إن هذه الزيادة الأخيرة لا تخل بالمركز القانونى المتساوى والمتكافئ بين العامل العادى وزميله الذى يتقاضى معاشا عسكريا والذى يقتضى عدم جواز التميز والتفرقة بينهما .

المطلب الثانى

المادة (٢/١٠٦) من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعى

يتشدد قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ فى الشروط اللازمة توافرها لاستحقاق الزوج لمعاش زوجته بعكس الحال فى استحقاق الزوجة لمعاش زوجها، فيشترط ذلك القانون فى المادة (٢/١٠٦) لاستحقاق الزوج أن يكون الزوج عاجزا عن الكسب وفقا للبيانات المقدمة بطلب صرف المعاش على أن يؤيد ذلك إقرارا من الهيئة العامة للتأمين الصحى.

ويرى رأى[71]. أن هذا الاختلاف له أساسه الدستورى حيث ينص الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع، والمعاش فى حكم النفقة فى الشريعة الاسلامية ، ومن ثم لايجب على الزوجة للزوج كقاعدة عامة مالم يكن عاجزا عن الكسب.

ونرى عدم صحة الرأى الآنف إذ قياس المعاش بالنفقه قياس مع الفارق إذ المعاش - وحسبما يرى الأستاذ الدكتور محمد مرغنى[72] - مدخر عن طريق عمل تعاقدى على مدى الحياة تستقطعه الدولة شهرا بشهر حتى يرد عند الحاجة اليه، ومن ثم فإن استغلاله يمد الدولة بدخل طيب ولايسترده صاحبه إلا عن حق وعدل ومن ماله المدخر وليس من مال الدولة.

ومقتضى مبدأ المساواة عدم التمييز بين الرجل والمرأة حيث خرج كلاهما إلى العمل، ويدفعان قيمة الاشتراك (التأمين) ومن ثم لامسوغ لأن يعامل اشتراك الرجل معاملة تختلف عن اشتراك المرأة [73].

هوامش الباب الخامس

(1) راجع المادة الخامسة من الدستور الأمريكي .

(2) راجع في ذلك الخطاب الموجه من جيفرسون إلى ماديسون،. Jan. 30, 1787 , in The Portable Thomas Jefferson, 1975, p. 416-417 .

(3) ينص التعديل (١١) من الدستور على أنه « لن تفسر السلطة القضائية للولايات المتحدة على نحو يجعلها تتسع لأى دعوى خاصة بالقانون أو العدل ، بدئت أو رفعت ضد واحدة من الولايات المتحدة، بواسطة مواطني ولاية أخرى ، أو بواسطة مواطني أو رعايا أي دولة أجنبية .

(4) راجع القضية في 2 Dallas 419 (1793)

(5) ينص التعديل الرابع عشر في فقرته الأولى على أن « جميع الأشخاص الذين يولدون في الولايات المتحدة أو يتجنسون بجنسيتها ويخضعون لسلطاتها يُعتبرون مواطنين للولايات المتحدة وللولاية التي يقيمون فيها .. ولا يحق لها أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطانها من المساواة في الحماية أمام القانون .

(6)راجع القضية في . 60 U. S. (19 Howard) 393 (1857)

(7) ينص التعديل السادس عشر على أن « يكون للكونجرس سلطة فرض وتحصيل الضرائب على الدخل ، مهما كان مصدره ، دون توزيع نسبي بين الولايات المختلفة، ودون مراعاة لأى إحصاء أو تعداد .

(8) راجع القضية في 158 U.S . 601 (1895)

(9) ينص التعديل السادس والعشرون على أنه :

الفقرة الأولى: إن حق مواطني الولايات المتحدة الذين في سن الثامنة عشرة وما فوق للانتخاب سوف لا ينكر أو ينتقص من جانب الولايات المتحدة أو أي ولاية بسبب السن .

الفقرة الثانية: يكون للكونجرس سلطة تنفيذ هذه المادة بواسطة التشريع الملائم .

(10) راجع الحكم في :400 U.S 112 (1970)

(11) راجع في التفاصيل Christopher E. Smith, Politics In Constitutional Law , Nelson - Hall Publishers, Chicago, 1992 , p139 .s.

(12) راجع القضية في: 1095 S.Ct . 2533 (1989).

(13)راجع القضية في : 110.S. Ct . 2404 (1990)

(14) راجع قضية: Ex parte Mc Cardle, 74 U.S . (7 wall). 506 (1869).

(15) أمر الإحضار يكلف الموجه إليه بالمبادرة إلى تقديم الشخص المحبوس لديه مع بيانات تاريخ حبسه والأسباب الداعية إلى ذلك ، بهدف حماية حرية الأفراد والحيلولة دون جميع ضروب الاعتقال غير المشروع ويجد أصله في القانون الإنجليزي حيث يسمى هناك أمر الحرية العظيم (The great right of liberty).†

– راجع حارث سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني ، الطبعة الثالثة ، مكتبة لبنان ، ١٩٩١ .

(16) راجع : . Van Alstyne, A Critical Guide to Ex Parte McCardle, 15 Ariz L. Rev. 229 (1973)

(17) راجع القضية في : 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872).

(18) تقول المحكمة في القضية الآنفة حرفيًا :

"It was inconsistent with the separation of powers ..."

راجع في استعراض القضية وفي سحب السلطة القضائية الاستئنافية:

Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op. cit.p. 77-82.

(19)مقارب لما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن مبدأ تفريد العقوبة، «بعدم دستورية كل نص تحاول به السلطة التشريعية أن تخل بالحقوق المرتبطة عقلا بالوظيفة القضائية» .

راجع الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق « دستورية» جلسة ٣ / ٨ / ١٩٩٦ ، وما ذكرناه بهذه الرسالة حول مبدأ تفريد العقوبة بالباب التحليلي منها.

(20) ونص عبارته حرفيا :

The only thing we have to fear is fear itself

Archibald Cox, Court and The Constitution , Op. cit, p .145 .s.

(21)راجع: Schechter Poultry Corp. v United States, 295 U.S. 495 (1935).

(22) راجع : United States v. Butler, 297, U.S. 1 , 68 (1936)

(23) راجع : Morehead v New York ex rel . Tipaldo 298. U.S. 587 (1936)

(24) راجع القضية :

298 US. 238 (1936) .

(25) ونص عبارة الرئيس روزفلت حرفيا :

"...we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution itself. We want the Supreme Court which will do justice under the Constitution - not over it. "

راجع في ذلك Donald E. Lively , Judicial Review and the Consent of the Governed, Op. cit., p. 9.

(26) راجع: Archibald Cox, The Court and The Constitution , Op.cit, p149- 150.
(27) راجع : West Coast Hotel v. Parrish , 300 U.S . 379 (1937).
(28) راجع فى التفاصيل : Archibald Cox, Op. cit. p. 154-155.
(29) راجع : Roe v. Wade , 410 U.S . 113 (1973)
(30) راجع في التفاصيل : Jeffrey A. Segal, and Harold J. Spaeth ,The Supreme Court and the Attitudinal Model , Op. cit, p. 335 .s .
(31) راجع :
Jeffrey A. Segal, and Harold J. Spaeth , The Supreme Court and the Attitudinal Model, Op. cit., p. 344.
(32)راجع : Mapp v. Ohio 367 U. S . 643 (1961)
(33)راجع القضيتين على التوالى فى 377 U.S. 533 (1964), 376 U.S .I (1964)
وفى استعراض تفصيلى لهما د / عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، المرجع السابق، ص ٢٤ – ٢٧ .
(34) راجع : United States v. Nixon , 418 U.S . 683 (1974)
(35) من قبيل الاستثناء على خضوع الكونجرس للمحكمة ، نذكر أن المحكمة قضت بعدم دستورية الفيتو التشريعى سنة ١٩٨٣ ، وكان هذا الحكم يعنى أن ممارسة الكونجرس للفيتو التشريعى على مدار خمسين سنة سابقة على الحكم للسيطرة على أعمال السلطة التنفيذية كانت غير دستورية ، ورغم ذلك قرر الكونجرس خلال الخمس سنوات اللاحقة على الحكم حوالى ٤٠ فيتو تشريعى جميعها وقعها الرئيس وصارت قانونا، إضافة إلى استمرار الكونجرس فى ممارسة أدوات من السيطرة تتساوى عمليا مع الفيتو التشريعى .
راجع فى ذلك : . Louis Fisher , Constitutional Structures , Op. cit , p 546
(36)راجع الحوار مع د/ أحمد فتحى سرور بجريدة المصور، العدد ٣٧٢٧، بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٩٦ .
(37)راجع فى الرد على آراء د. أحمد فتحى سرور كلا من :
الدكتور المستشار / عوض المر – المصور – العدد ٣٧٢٨ بتاريخ ٢٢ / ٣ / ١٩٩٦ ود. محمد سليم العوا ، الوطن، ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦ .
(38) راجع فى تفاصيل تلك الأزمة ص ٣٠٧ وما بعدها من هذه الرسالة .
(39) راجع د. مصطفى أبوز يد فهمى، نحو نقد علمى لقضاء المحكمة الدستورية العليا، جريدة الأهرام، بتاريخ ١٧ / ٦ / ١٩٩٦، ص ١٠ .
(40) راجع مقالة د/ مصطفى أبوزيد فهمى ، «نعم المحكمة الدستورية العليا خالفت الدستور والقانون» ، الأهرام ، ١ /٧ / ١٩٩٦
(41) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة١٩ / ٥ / ١٩٩٠ ، الجزء الرابع ، ص ٢٥٦ .
(42) رأى د. يحيى الجمل فى حديثه لمجلة العربى – الاثنين ١٧ / ٦ / ١٩٩٦ أن موضوع السؤال الذى وجهه د. مصطفى أبو زيد يصلح أن يكون موضوعا لخطبة منبرية أو موضوع لهتاف وسط طلاب ثائرين ولا يصلح أن يكون سؤالا فى امتحان.
وقد اجتمع مجلس كلية الحقوق جامعة الإسكندرية بتاريخ الثلاثاء ١١ / ٦ / ١٩٩٦ وقرر إعلان استياء الكلية مما حدث وتأكيد احترامها للمحكمة وسائر الهيئات القضائية فى مصر وأن الطريقة التى صيغ بها السؤال لا تعبر على الإطلاق عن موقف الكلية من المحكمة، ولا يتفق مع المنهج العلمى الذى درج عليه أساتذتها فى البحث والتأليف والتدريس ووضع أسئلة الامتحان.
– ورأى المستشار / طه أبو الخير أنه لا يسوغ أن يضع د/ مصطفى أبوزيد سؤالا إيحائيا يفرض على الطالب الأخذ بمفهومه والانسياق إلى رأى معين فيه ما فيه من تطاول على هيئة قضائية موقرة ووصمها بالخروج على أحكام الدستور والقانون، وأكد سيادته أن اتهام المحكمة بالولاء لغير دستورها هو اتهام خطير ينطوى على جريمة إهانة هيئة قضائية الأمر الذى يؤثمه قانون العقوبات – راجع فى ذلك مستشار / طه أبو الخير، جريدة الأهرام، الثلاثاء ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦.
(43) راجع : د. مصطفى أبو زيد، النظام الدستورى المصرى ورقابة دستورية القوانين ، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤ ، تقديم وتمهيد صفحة ج – د .
(44) راجع د/ أحمد كمال أبو المجد ، مقالتان بعنوان المحكمة الدستورية وحدود سلطاتها ، جريدة الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢ / ٦ / ١٩٩٧ .
(45)راجع : تحليل أحكام المحكمة فى مجال العلاقات الإيجارية ص ١٩٧ وما بعدها من هذه الرسالة.
(46) راجع: تحليل حكم المحكمة بشأن هذا الأمر فى ص ٢٢٢ - ٢٢٤ من هذه الرسالة
(47) يحمد لرئيسى مجلس الشعب والشورى واللجان المختلفة فى المجلسين أنهم جميعا رفضوا - بغير تردد ولا تراخ - وقبل أن يسدل عام ١٩٩٧ استاره، مشروعا غريبا بالغ الخطورة تقدم به أحد أعضاء مجلس الشعب من غير القانونيين ما مقتضاه أنه إذا أعاد مجلس الشعب اصدار القانون المقتضى بعدم دستوريته بالأغلبية العادية صار نافذا وملزما ولامعقب عليه.
(48)راجع تلك الاعتبارات ص٣٢٠ – ٣٢١ من هذه الرسالة.
(49) تنص المادة ٣٨٧ من القانون المدنى على أنه :

١- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .
٢ - ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية .

(50) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥، جلسة ٨ / ٤ / ١٩٩٥ ، الجزء الخامس ، مجموعة المطابع الأميرية ، ص ٢٣ .

(51) راجع د/ عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، (٣) ١٩٥٨ ، ص١٠١٥.

(52) يراجع فتوى الجميعة العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، ملف رقم ٨٦ / ٣ / ١٢١٠ ، جلسة ١٥ / ٦ / ١٩٦٦ ، وفتوى اللجنة الثالثة بقسم الفتوى، ملف رقم ١٦ / ١ / ٤٩٣، جلسة ١١ / ١١ / ١٩٧٤، وفتواها، ملف رقم ٢٠ / ٦ / ١٢٩ ، جلسة ١ / ١٢ / ١٩٧٥ .

(53)راجع فى ذات الاتجاه، التقرير المقدم للعرض على اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة، بتاريخ ٣ /٤/-١٩٩٠ ، ملف إدارة الفتوى لوزارات الصناعة والبترول والثروة المعدنية والكهرباء رقم ٢ /٧/ ٤٣٣ .

(54) راجع د/ إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، دار الفيصل ، ١٩٩٦ ، ص ٢٦٣ .

(55) اتجهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن القانون غير الدستورى لا يعد مانعًا من سريان التقادم وذلك عندما أفتت بجلسة ٦ / ٦ / ١٩٩٠ ملف رقم ٧ / ٢ / ١٤٢ بصدد كيفية تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٢٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنته من استثناء الأماكن المستعملة فى أغراض لا تدخل فى نطاق النشاط التجارى أو الصناعى أو المهنى الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية وذلك بالنسبة إلى تطبيق ما تضمنته المادة (٧) من زيادة الأجرة ، إذ انتهت الجمعية صراحة إلى أحقية شركة الشرق للتأمين فى الحصول على الزيادة فى القيمة الإيجارية المقررة بالمادة (٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه على الأماكن التى تؤجرها للجهات الحكومية لغير أغراض السكنى اعتبارا من تاريخ تقريرها ، وذلك بمراعاة التقادم الخمسى .

(56) تنص المادة ٢/٣٧٧ من القانون المدنى على أنه :
ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.

(57) تنص المادة ١٨٧ من القانون المدنى على أنه :
« تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق.

(58) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١٠٦٩ فى ٨ / ١٢ / ١٩٧١ ، الموسوعة الجزء (١١)، ص ٩٤٣ ، ٩٤٤ .

(59) فهمت المحكمة الدستورية العليا جيدًا الفارق بين الضريبة والرسم فأكدت أن الدستور.. مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية ، فنص على أن أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون، وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها فى الحدود التى بينها القانون.
راجع فى ذلك المحكمة الدستورية العليا ، الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ٨ / ٤ / ١٩٩٥ ، مجموعة المطابع الأميرية ، الجزء الخامس ، ص ١٩ .

(60) يلاحظ أن الجمعية العمومية رأت أن الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغيرحق كأصل عام يتقادم بثلاث سنوات تبدأ من يوم دفع أى من الضرائب والرسوم وذلك دون إخلال بالأحكام الواردة فى القوانين الخاصة تطبيقا للمادة (٣٧٧ / ٣) من القانون المدنى ، ورأت الجمعية أن القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ يعد من تلك القوانين الخاصة، والذى نص فى مادته الثانية على أن « يبدأ الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير وجه حق من يوم دفعها ، إلا إذا ظهر الحق فى طلب الرد بعد اجراءات اتخذتها الجهة التي قامت بالتحصيل فيبدأ التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه فى الرد بكتاب موصى عليه» ، فمن ثم فإن التقادم الذى يبدأ بثلاث سنوات من تاريخ الدفع ينقطع بطلب الرد ولا يبدأ التقادم الثلاثى من جديد فى حالة الاعتراف من قبل الجهة الإدارية بالحق فى الرد إلا من تاريخ إخطار الطالب بخطاب موصى عليه .
راجع فتوى الجمعية العمومية بقسمى الفتوى والتشريع، جلسة ٢٠/٤/١٩٩٤، ملف رقم ٣٧ / ٢/٢٧٩.

(61) النظرة السائدة فى الفقه و القضاء الأمريكيين تسير وفقا لمبادئ معينة تجاه القانون المقضى بعدم دستوريته هى كالتالى

أ - إن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون ولا يلغيه ولا ينشئ أى حالة قانونية جديدة متصلة به.
ب -إن الحكم يكشف عن حقيقة العمل التشريعى المعروض على المحكمة، فإذا اكتشفت المحكمة أن ذلك العمل يتعارض مع الدستور فمعنى ذلك أنه لم يكن قانونا بالمدلول الفنى لهذا الاصطلاح، حيث أكد أحد الفقهاء أن عبارة قانون غير دستورى تنطوى على تناقض منطقى واضح إذ إن عمل السلطة التشريعية إما أن يكون قانونا فيوصف حتما بأنه دستورى ، وإما أن يخالف الدستور فلا يكون قانونا على الإطلاق.
قد عبرت المحكمة العليا عن هذا فى إحدى القضايا لما قضت بأن التشريع المخالف للدستور ليس فى الحقيقة قانونا على الإطلاق فهو لا ينشئ حقوقا، ولا يرتب واجبات ، ولا يمنح حماية ، ولا ينشىء وظيفة وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تمامًا وكأنه لم يصدر أصلا .
ج - هذا الأثر الرجعى لا يمكن مع ذلك التسليم به على إطلاقه إذ لا يخفى أن القضاء على كافة الحقوق والواجبات الناشئة فى ظل القانون قبل القضاء بعدم دستوريته قد يكون له من الأضرار المادية والمعنوية ويسبب من الإشكالات

القانونية أضعاف ما قد يؤدى إليه الإبقاء عليه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا فى حكم لها صدر سنة ١٩٤٠ حيث قضت أن « الوجود المادى للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها ، وليس من الحكمة فى كثير من الأحوال أن تسدل المحكمة على الماضى ستارا من النسيان ولذلك يجب أن يعاد النظر فى أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التى نشأت فى ظله ».
وقد لجأ القضاء فى سبيل الاعتراف بالآثار القانونية المترتبة على ذلك الوجود المادى للقانون إلى وسائل قانونية شبيهة بتلك النظريات المعروفة فى فقه القانون العام ومنها نظرية الموظف الفعلى .
راجع فى التفاصيل د/ عزيزة الشريف ، دراسة فى الرقابة على دستورية التشريع، مطبعة الفيصل ، الكويت، ١٩٩٥ ، ص ٢٣٤ - ٢٣٧ .

(62) فى ذات الاتجاه / وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢، ص ٣٦ .

(63)من أمثلة ذلك ما قضت به محكمتنا من أن « أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية ، وربطها ببعض ، كثيرًا ما ترشح لحقوق لا نص عليها، ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق للحقوق المنصوص عليه تقصيا لمراميها ، واستصفاء ما وراءها من القيم التى احتضنها الدستور» راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة١٦ ق « دستورية»، جلسة ١٨ / ٣ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس، ص ٥٦٨ .

(64) راجع حكم محكمة الدستورية العليا فى الطلب رقم ٢ لسنة ١٢ ق « طلبات أعضاء »، الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، ص ٤٠٤ .

(65) د/ وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمةالدستورية العليا لأحكامها ، المرجع السابق ص٤٦ .

(66) راجع : . **United States v. Darby , 312 U.S . 100 (1941)**

(67) راجع فى تأكيد ذلك : **Heart of Atlanta Motel , v . United States , 379 U.S . 241 (1964), Katzenbach v. McClung , 379 U.S . 294 (1964) .**

(68)راجع الدعوى رقم ٦ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٩٢ .

(69) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق دستورية ، جلسة ١٨ / ٣ / ١٩٩٥، الجزء السادس، ص ٥٦.

(70) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٦/٥/٨ ، ملف رقم ٨٦ / ٤/ ١٣١٣ ، وهو ما سبق أن انتهت اليه اللجنة الثالثة للفتوى بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢٦/٤/ ١٩٩٣، ملف رقم ١٧/ ١/ ١٤٠٦ .

(71) راجع الدعوى رقم ٣ لسنة ١٦ ق « دستورية »، جلسة ١٩٩٥/٢/٤ ، الجزء السادس ، ص ٥٢٦.

(72) تنص الماده (٤٠) من قانون التأمين الاجتماعى بأنه «إذا عاد صاحب المعاش إلى عمل يخضعه لأحكام هذا التأمين. يوقف صرف معاشه اعتبارا من أول الشهر التالى، وذلك حتى تاريخ بلوغه السن المنصوص عليها بالبند ١ من المادة ١٨.....»
راجع بصدد تلك المادة :
الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٥ ق « دستورية » جلسة ١٤ / ١ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٤٩٤ ،
والدعوى رقم ٥٢ لسنة ١٨ ق « دستورية » جلسة ٧ / ٦ / ١٩٩٧ .

(73) راجع محمد عطية أحمد، تحقيق المعاش الضائع، جريدة الأهرام، ١٩٩٧/٤/١٧ ، ص ٣.

(74)د/ محمد مرغنى خيرى، المرجع السابق.

(75)فى ذات الاتجاه، د/ عائشة راتب، المرجع السابق.

الباب الختامي

مدى إمكانية الاستفادة من التجربة الأمريكية والتوصيات الختامية

تقسيم:

إن التجربة الأمريكية عتيقة فى العمر والتجربة المصرية حديثة العهد، والقاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير، لذا فقد رأينا أن نخصص هذا الباب للدروس المستفادة من التجربة الأمريكية وهو الأمر الذى يستلزم بداية دراسة الدور الدستورى للمحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية.

وعلى هذا ستكون دراستنا فى هذا الباب على النحو التالى:

الفصل الأول: الدور الدستورى للمحكمة العليا الأمريكية.

الفصل الثانى: الدور الدستورى لمحكمتنا الدستورية وبعض الدورس المستفاده من التجربة الأمريكية.

الفصل الثالث : التوصيات الختامية.

الفصل الأول

الدور الدستورى للمحكمة العليا الأمريكية

هناك آراء ونظريات عديدة قدمت لتوضيح حقيقة الدور الدستورى للمحكمة العليا الأمريكية سوف نذكرها فى المبحث الأول وفى المبحث الثانى سوف نوضح رأينا فى الموضوع.

المبحث الأول

النظريات المختلفة حول الدور الدستورى للمحكمة العليا

١- نظرية Dahl:

قدم هذه النظرية السيد روبرت دال[1] أول مرة فى الخمسينات وأصبحت هى وجهة نظر الديمقراطيين وجمع من الفقهاء .

وتقوم النظرية على أساس أن المحكمة العليا هى كيان سياسى يمنح الشرعية للتفسيرات الدستورية التى تقررها الأغلبية ، وتتعرض شرعية المحكمة العليا ووجودها لخطر كبير عندما تعارض صراحة سياسة الأغلبية ، والتى من النادر أن تستطيع معارضتها لفترة طويلة .

والمحكمة العليا مثلها مثل أى لجنة داخل الكونجرس لاتستطيع أن تتجاهل السياسة السائدة داخله . وعادة ما تراعى المحكمة العليا القيام بالدور السالف عدا بعض المراحل الانتقالية التى تتفتت فيها الأغلبية الحاكمة ، وتنشأ جبهة جديدة أقوى منها تحاول الوصول إلى سدة الحكم .

ومع ذلك فالمحكمة العليا ليست وكالة تابعة بالمعنى الدقيق للأغلبية الحاكمة ولا هى فى ذات الوقت مستقلة تمام الاستقلال عنه ، لذا فهى عندما تقضى بعدم الدستورية فذلك يكون فحسب عندما يدعوها التشريع لذلك حالة ضعفه وانطوائه على سياسة قليلة الأهمية .

وإذا حاولت المحكمة العليا الخروج على النمط السالف فإن ذلك يمكن أن يؤدى إلى أزمات

وكوارث عنيفة مثلما حدث فى قضية العبد درد سكوت وفى فترة سياسة المعاملة الجديدة .

وهكذا فإن المحكمة العليا ليست ذات استقلال أو دور إيجابى مؤثر حقيقة فى المجتمع ، إذ لايمكن الوثوق فى محكمة من تسعة قضاة دائمين قد تسىء لما تقرره الأغلبية .

ويضيف دال أن تحليل تاريخ المحكمة يؤكد أنها لم تقف مع حقوق الضعفاء أكثر مما وقف الكونجرس ، إذ لوحظ أن المحكمة استطاعت أن تؤخر السياسة الكونجرسية فى بعض الأمور لفترات تصل إلى خمسة وعشرين سنة ، وكان ذلك فى حقيقته إنكارا لحقوق الضعفاء الأساسية فى المجتمع باستخدام التعديلات الخامس والثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر للحفاظ على حقوق وحريات جماعات متميزة نسبيًا على حساب الجماعة الضعيفة، مثل تمييز مصلحة ملاك العبيد على العبيد أنفسهم أى البيض على الزنوج ، وأصحاب الأعمال على العمال ، وكانت المحكمة العليا فى الأحكام الآنفة مستقلة بمعنى استقلالها حقيقة عن الخط الديمقراطى الذى يعتد برغبة الأغلبية .

وأكد دال أنه لا حاجة فى النظام الدستورى الأمريكى لمحكمة عليا قوية ، إذ ثبت أن المحكمة العليا تاريخيا كانت ضعيفة فى نزاعها مع الأغلبية المنتخبة فى معظم الفترات ، ومن ثم لا حاجة لمحكمة تعلو على إرادة ممثلى الشعب .

ويعترض سيادته على من يدعى بأن المحكمة العليا كيان قانونى فحسب وأنها ليست مؤسسة سياسية، إذ ثبت تاريخيًا خروج تلك المحكمة عن المعايير القانونية التى تجدها فى سوابقها وفى القيم الأساسية الدستورية ، خاصة فى القضايا الهامة [2].

٢ - نظرية Gerald Rosenberg

يرى سيادته أن المحكمة العليا غير مستقلة عن النظام السياسى والاجتماعى ، ولا يمكن إحداث التغيير الاجتماعى عن طريق المحكمة إلا بتوافر الشروط الآتية :

أ - سوابق غزيرة

ب - مساندة تشريعية أو تنفيذية

ج - مساندة شعبية.

د - معارضة ضعيفة

هـ - إمكانية تطبيق أحكام المحكمة العليا عمليا .

ويرى هذا الفقية أن أحكام المحكمة العليا ليست ضرورية ولا مؤثرة لإحداث التغيير الاجتماعى ، وينطبق ذلك على القضايا الشهيرة التى يعتقد خطأ إحداثها لتغيير اجتماعى، مثل قضية براون مثلا إذ لم تخلق المحكمة بهذه القضية حقوقًا مدنية تنهى التفرقة العنصرية ، وفى قضية **Roe** الخاصة بالإجهاض فإنه التغير الاجتماعى حدث لتوافر الشروط الآنفة اللازمة للتغيير عن طريق المحكمة، كما أن أحكام محكمة بيرجر المتعلقة بالحماية المتساوية لم تحقق سوى دعم ضعيف لدور المرأة فى المجتمع . ولم ير هذا الفقيه المحكمة العليا ككيان يعمل ضد رغبة الأغلبية ، أو كمؤسسة تضع الحدود والتعاريف اللازمة للحقوق الشخصية والحقوق العامة المتعلقة بنظام الحكم ، ولكن آمن بأن التغيير الاجتماعى يتركز إمكان حدوثه فى أعمال الفرعين التشريعى والتنفيذى المنتخبين من قبل الشعب، وفى درجة تنظيم وقوة المعارضة المقاومة للتغيير ولا يتركز أبدًا فى المحكمة العليا .

٣ - نظرية Mark Graber

يؤكد سيادته أن السياسة القضائية للمحكمة العليا نادراً ما تكون مستقلة عدا عدد محدود من الاستثناءات وذلك مرجعه إلى أن القضاة يرشحهم الرئيس ويؤكد ترشيحهم مجلس الشيوخ ، وهما منتخبان من الشعب ، ومن ثم ينتظر من القضاة أن يؤيدوا سياسة من عينوهم ، كما أن حل النزاعات الاجتماعية أيضا - عدا بعض الحالات الاستثنائية - يكون عن طريق المنتخبين من قبل الشعب وليس عن طريق المحكمة العليا المعين قضاتها . ويرى هذا الفقيه أن دور المحكمة يظهر فحسب بالنسبة للمسائل التى تكون فيها الأغلبية الوطنية غير قادرة على تسوية النزا ع أولا تريد الفصل فيه ، وهكذا فإن رقابة الدستورية لا تمثل فى حقيقتها تعارضا مع إرادة الأغلبية ، ولكنها تكون عندما لا توجد تلك الأغلبية حال اختلافها فيما بينها.

ويتفق مع النظريتين السالفتين عليه فى أن المحكمة العليا كيان سياسى، إلا أنه يرى أن رقابة الدستورية لا تكون إلا فى الأمور الخلافية مثل الإجهاض والعنصرية والتى يرغب القادة السياسيون فى حسمها بعيدا عن النظام السياسى وعن طريق المحكمة لعدم وجود أغلبية واضحة، فإن ميزت المحكمة تلك الأغلبية فإنها تسير وفق هواها ، وعادة لاتقضى المحكمة بعدم الدستورية إلا عندما يصلها موافقة صريحة أوضمنيه من الفرعين المنتخبين الآخرين .

وهكذا يخلص إلى أن المحكمة العليا تمثل صمام الأمان "**safety valve**" للمجتمع لأنها تحدث التوازن فى النظام السياسى بتقريرها ما لا يرغب القادة السياسيون فى تقريره من سياسات .

٤ - نظرية Martin Shapiro

يتفق سيادته مع دال فى أن المحكمة العليا يجب رؤيتها كمؤسسة سياسية وليست قانونية ، إذ يمزج القضاة الأفكار المختلفة ليستخلصوا منها ما يؤيد موقفهم السياسى، وهم يتعرضون لفحص أمور غير واضحة الحل ويحددون سياستهم التى سيتجهون إليها ، ويلبسونها ثوبا قانونياً فى إطار من استخدام مبادئ نظام الحكم والحقوق الشخصية الدستورية ، وهم مثل الساسة يفكرون فى المسائل السياسية الكبيرة التى تواجه الأمة وتتعرض لها المحكمة ويبنون أحكامهم استناداً إلى الوقائع الماثلة ورؤيتهم عن الخير العام والحياة الفاضلة أكثر من اعتمادهم على التحليل القانونى[3].

المبحث الثانى

رأينا حول « تقييم أداء المحكمة العليا الأمريكية »

إذا كان لنا أن ندلى برأى فى هذا الموضوع فلا جدال فى وجود نوع كبير من المبالغة فيما قررته النظريات المذكورة حول حقيقة الدور الدستورى للمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية.

ولا نجد مثالا يوضح الأمر خير مما قررته المحكمة العليا فى قضية **Casey**[4] سنة ١٩٩٢ إذ فيها استندت المحكمة إلى ، القيم المتعلقة بالحقوق الشخصية المتمثلة فى الالتزام بحرية المرأة فى اختيار الإجهاض ، والقواعد المتعلقة بتنظيم الحكومة والمتمثلة فى الالتزام بالسوابق القضائية ، واستقلال المحكمة عن الأغلبية القائمة فى النظام السياسى، ولم تكترث بكونها بهذا الحكم تعد مؤسسة متعارضة مع الأغلبية فى النظام الدستورى الأمريكى إذ آمنت بأن الأمر يقوم على الفحص والتوازن بين السلطات "**Checks and Balances**".

وهكذا مزج هذا الحكم بين المبادئ المتعلقة بحقوق الأشخاص ومبادئ نظام الحكومة .

ويظهر من الحكم الآنف أن المحكمة لا تتأثر بمسألة الانتخاب ، إذ إن إدارتى ريجان وبوش كانتا ترغبان فى العدول عما سبق أن قررته المحكمة فى سابقة **Roe** سنة ١٩٧٣ المتعلقة بإباحة الإجهاض ، ورغم ذلك فإن رأى أغلبية المحكمة انطوى على توبيخ لإدارة الرئيس بوش لمحاولتها إلغاء حق الإجهاض، واشترك فى الأغلبية كلا من القاضية ساندرا والقاضيين سويتر وكيندى وهم المعينون من قبل الإدارتين السالفتين ، وهكذا خيب القضاة أمل الرئيسين المعينين لهم، وهذا يخالف ما قرره الفقيه **Graber** .

وإذا كان **Shapiro** يؤكد أن القضاة يبنون أحكامهم استنادا إلى قيمهم الشخصية فإن رأى الأغلبية فى القضية المذكورة أكد على أنه وإن كان بعض القضاة شخصيا يرون أن الإجهاض ينتهك قيمهم الأساسية إلا أن ذلك لا تأثير له على الحكم إذ إن التزام القضاة هو تعريف الحرية للجميع وليس الإلزام بقيم القضاة الخاصة [5] ، وهكذا انتهت المحكمة إلى الالتزام بسابقة **Roe**.

ويظهر من هذا الحكم كيفية التزام المحكمة بمبدأ هام من مبادئ نظام الحكومة وهو السوابق بوصفها مصدر هام لشرعية المحكمة فى ظل نظام الفحص والتوازن ، وهكذا خالفت المحكمة وجهات نظر الفقهاء الأربعة سالفة الذكر بل إن القضاة أوكنر وسويتر وكيندى وضعوا قواعد جديدة للحالات التى يجب العدول فيها عن السابقة ، وهى أى من الحالات الآتية:

١ - عدم العمل بالسابقة من الناحية الواقعية .

٢ - تسبب السابقة فى إحداث عدم مساواة .

٣ - تسبب السابقة فى حدوث إضرار بالاستقرار الاجتماعى .

٤ - هجر السابقة من قبل المجتمع .

٥ - الاعتماد فى السابقة أساسا على افتراض واقعى تغير ولم يعد له محل .

وبتطبيق ما سلف على سابقة **Roe** اكتشفت الأغلبية تخلف أى من الحالات المذكورة الموجبة لإلغاء السابقة .

والأكثر أهمية من مجرد الالتزام بالسابقة فيما يتعلق بمبادئ تنظيم الحكومة تأكيد المحكمة على ضرورة استقلالها عن الأفرع السياسية للحكومة.

وفى رأى مؤيد للقاضى بلاكمان أوضح أنه منذ تشكيل الدستور وقد أدركت الأمة أن هناك حريات محددة لا يجب تركها لإرادة المنتخبين ، ومن ثم يجب أن تكون المحكمة مؤسسة مستقلة عن إرادة الأغلبية بما يسمح لها بعدم الانزلاق نحو رغبة الأغلبية أو حتى نحو القيم الشخصية للقضاة ، فضلا عن أن المحكمة لا يجوز لها أن تتبع رأى الصفوة السياسية ، وأضاف بلاكمان بأن ما حدث فى حكم اليوم «يقصد حكم **"Casey"** يمثل نموذجا يجب على قضاة المستقبل الحذو نحوه ، ويعد تحذيراً لكل من تسول له نفسه أن يحاول التغيير من اتجاه المحكمة لصالح فرع سياسى[6] .

ويظهر من القضية السالفة أن أغلبية المحكمة يؤمنون تمام الإيمان بمبادئ نظام الحكومة والتى تتمثل فى الالتزام بالسوابق وباستقلال المحكمة عن السياسيين والاهتمام بشرعية المحكمة فى ظل نظام فصل السلطات ، بينما توجد أقلية بها تؤمن بقدرة الأغلبية السياسية على حل الأسئلة المتعلقة

بالحقوق الشخصية ومن ثم تكون تلك الأقلية أكثر تقبلا للعدول عن السوابق .

ويلاحظ على الحكم الآنف أن مبادئ الحقوق الشخصية ومنها حق الخصوصية غير ثابتة وتتطور تدريجيا، وأعطت الأغلبية فى تلك السابقة أهمية أكبر لهذا الحق ، ويظهر ذلك من تركيز المحكمة على أمور جديدة ، لم تذكر فى قضايا الإجهاض[7] السابقة مثل التركيز على حق المرأة فى الاستقلال المادى وفى الإجهاض كاختيار إنسانى ، إذ لا بد من تمكين المرأة من حرية السيطرة على حملها حتى تستطيع أن تشترك بفعالية متساوية مع الرجل فى الاقتصاد والحياة السياسية.

وهكذا أسست المحكمة قضاءها على أساس من حق المرأة فى الاستقلال المادى والاختيار الإنسانى والمساواة ، ومن ثم يبدو واضحا خطأ وجهة نظر **Dahl** و **Graber** من أن المحكمة يكون لها تأثير ضئيل على المجتمع ما لم تتبع رغبات الأغلبية .

ولا ينال ما سلف ذكره من أن على المحكمة أن تسعى لاكتساب الرضا الشعبى عن أحكامها رغم أن الأغلبية وقت صدور الحكم قد لا تتفق مع اتجاهات المحكمة ، وذلك مرجعه إلى أن الرضا الشعبى هو مصدر الشرعية الحقيقى للمحكمة .

ويتحقق هذا الرضا الشعبى إلى حد كبير – ولو بعد فترة – عن طريق وضوح وسلاسة أحكام المحكمة بحيث يقدر على فهمها المواطن العادى.

وقد راعت المحكمة العليا فى بواكير عهدها ذلك وأيضا فى القرن[8] العشرين[9] إلا أنه فى العقود الثلاثة الأخيرة تغير هذا النهج نحو الصعوبة [10]، واستخدام المعايير الفنية والكثير من الاستشهاد والاقتباس الذى ربما يؤدى إلى إثقال الفهم على الرجل العادى غير المتخصص فى القانون، وهو الأمر الذى يمنع تحقيق الحوار بين المحكمة والشعب ومن ثم يصعب تحقق الرضا الشعبى عن الأحكام ، كما أن ذلك يعيق تنفيذها .

وعلى المحكمة كحد أدنى أن تحاول الوصول إلى فهم الرجل المثقف وليس فهم رجل القانون ، وهذا الأمر هام جداً على الأخص بالنسبة للمسائل المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الشخصية مثل الإجهاض، والإجراءات الجنائية ، والدين .. الخ، ويقل شأنه بالنسبة لمسائل المادة (٣) من الدستور المتعلقة بالاختصاص القضائى أو التجارة بين الولايات أى بتلك المسائل البعيدة عن الحريات والحقوق الشخصية .

ويفسر سهولة الأحكام القديمة وصعوبة الأحكام الحديثة أن وثيقة الحقوق انطوت على عبارات واسعة فضفاضة غير محددة تحديدا دقيقا مما أدى إلى الخلاف حول معانيها حتى بين القضاة أنفسهم، لدرجة أن آراء قضاة المحكمة فى بعض القضايا التى تنشر فى المجموعة المعروفة باسم[11] **U.S Reports**أخذت فى بعض القضايا مئات[12] الصفحات مما أثار اضطرابا قانونيا واضحا ، إذ أصبح من الصعب فهم الحكم وكذا سلوك المحكمة المستقبلى .

وفى عهد محكمة مارشال كانت الأحكام واضحة لطبيعة شخصيته التى ساهمت فى ذلك ، وطبيعة القضاة التى كانت تميل إلى الإجماع ، إضافة إلى أن قضايا القرن الأول – بل القضايا التى امتدت على مدار مائة وخمسة وعشرين عاما الأولى – كانت تتعلق أساسا بصلب الوثيقة الدستورية والذى يتميز بوضوح اللغة ، وكانت قضايا وثيقة الحقوق نادرة فلم تزد عن عشرين قضية .

وفى القرن العشرين ومع النهضة التقنية والثقافية وتداخل الاحتياجات تزايدت بشدة قضايا وثيقة

الحقوق لدرجة أن قاضيا مثل برينن شارك فى حوالى ٣٠٠ قضية تتعلق بالتعديل الأول فقط .

هذا ومع تزايد ثقل القضايا المتعلقة بحق الخصوصية وغيره من الحقوق غير المباشرة رأى البعض أن على المحكمة أن تترك الأمر للفرعين المنتخبين لصالح الأمة.

ووصل الغلو لدى البعض إلى التقرير بأن حكم المحكمة فى قضية براون سنة ١٩٥٤ ألغى ومحا جميع المنافع التى يمكن الحصول عليها من الحكم بمنع التفرقة ، وأن هذا الحكم رغم الإجماع فيه والذى لم يستغرق فى أسبابه سوى أربع عشرة صفحة كان فى حقيقته مراوغة فى علاج الأمر – ولعله يمكن الدفاع عن موقف المحكمة فى هذه القضية بالذات بأنها وإن كانت قد فرضت تدرجًا متوازنًا فى علاج الأمر، فربما لأنها لم ترد أن تكشف السياسين الذين فرضوا التفرقة طوال الفترة الماضية، وربما لأنها لم تستطع أن تهرب من السابقة التى قررتها فى قضية **Korematsu v. United States** ، والتى كانت قد أيدت فيها نوعًا من التفرقة ضد اليابانيين فى أمريكا أثناء الحرب العالمية الثانية وبالقطع فإن أفضل دفاع عن المحكمة فى هذه القضية بالذات هو أنها فهمت حقيقة المجتمع الأمريكى والذى يحب ويحترم الدستور طالما أنه لا يقتحم آراءه المسبقة وعواطفه ، ومن ثم كان لابد من التدرج فى الأمر حتى يكتسب أرضية لدى عقول الأمريكيين[13].

ونرى أن الحكم الأصلى فى قضية براون سنة ١٩٥٤ والذى قررت فيه المحكمة أنه « لا موضع فى مجال التعليم العام لتطبيق فكرة الفصل مع المساواة، ذلك أن مجرد الفصل بين البيض والزنوج يؤدى بذاته إلى انتفاء المساواة بينهم ويتعارض مع مبدأ المساواة فى الحماية القانونية المذكورة فى التعديل الرابع عشر» هو حكم رائع ومتميز لخلوه من الاقتباس والاستشهاد والتلاعب بالألفاظ، ونرى أنه خاطب الجنوبى المتفتح خاصة والشعب عامة بدلا من أن يهتم بمخاطبة رجال القانون ، ومن ثم كان الحكم نموذجيا فى سعيه لاكتساب الرضا الشعبى .

ويمثل الحكم التكميلى سنة ١٩٥٥ دربا على ذات النهج واستمرارا فى رغبة اكتساب الرضا الشعبى تدريجيا وفهما لحدود المقاومة المحتملة للحكم من قبل الشعب والتنفيذيين وخاصة فى الجنوب .

وإذا كان الحكم التكميلى قد اكتنفه بعض الغموض فقد كان ذلك لازما لتحقيق الإجماع أيضا منعا من اختلاف القضاة ، ولإدراك المحكمة لحقيقة الوضع الهائج المحيط بها.

وغموض الأحكام قليلا ما يكون محبوبا وكثيراً ما يكون مذموما .

والغموض المحبوب يكون عندما تكون الصراحة مؤدية لنتائج سيئة وعكسية ومن ثم لا يجب أن يخرج الأمرعن طور الاستثناء لا القاعدة الأصلية .

فلا يطلب مثلا من المحكمة أن تكون صريحة فى قضية براون وتعترف بأن ما دفعها إلى التدرج هو وجود مقاومة مؤكدة للحكم إذ لوحدث ذلك لزاد من صلابة المقاومة وقوى من موقفها .

ولا يطلب من المحكمة أن تكون صريحة فى قضية فضيحة ووتر جيت لتعترف بأنها ما قضت ضد المزايا الرئاسية التى تمسك بها نيكسون إلا لأنها تشك فى نزاهته وفى إساءة استخدامه لها، إذ لو أقرت المحكمة بذلك لكانت قد أخلت بالاحترام الكافى للرئيس وتكون قد قضت فى الاتهام الجنائى الذى كان يمكن تحريكه ضده.

ويأتى الغموض في بعض الأحيان كنتيجة لازمة لبناء الأغلبية الضرورية لإصدار الحكم ، إذ يحاول القضاة الوصول إلى أرضية مشتركة للتغلب على خلافاتهم ولتشكيل رأى للأغلبية ممايؤدى فى بعض الأحيان إلى إصدار حكم غامض يخفى هذا الخلاف ، وهنا نفضل أن يكون رأى الأغلبية مكونا من آراء متوافقة أى تختلف فى الأسباب رغم اتفاقها فى النتيجة، عن أن يصدر حكم غامض.

ولو آمن القضاة بتلك الوجهة من النظر ، فقد يؤدى انفراد كل منهم بمحاولة كتابة أسباب رأيه الموافق إلى اتفاقهم بعد ذلك ، إذ إن محاولة تثبيت وجهات النظر كتابة توضح الأمور وتقرب من تلك الوجهات .

وعلى القضاة أن يتجنبوا النقد اللاذع[14] لآراء بعضهم البعض والتهويل والمبالغة الذى يخفى وراءه انتماءات حزبية متعارضة ، إذ ينال ذلك من سمعة المحكمة ومكانتها، وقد يستغل فى الهجوم على المحكمة كما حدث أيام روزفلت، وإذا كان التهويل والمبالغة لا يخدع القارىء الخبير إلا أنه يؤثر جدا على المواطن العادى الذى من المفترض أن المحكمة تكتب له .

ورغم كل الملاحظات الآنفة فلا زال دور المحكمة العليا الأمريكية فى المخطط الدستورى شديد الأهمية ولا ينكره إلا جاحد .

الفصل الثانى

الدور الدستورى لمحكمتنا الدستورية
وبعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية

المبحث الأول

الدور الدستورى لمحكمتنا الدستورية

ركزنا فى خلال دراستنا الآنفة على محكمة التسعينات فى مصر وهى الفترة التى رأس المحكمة فى أغلبها المستشار الدكتور/ عوض المر[15]، والتى شهدت أكثر فترات القضاء الدستورى نشاطا فى مصر لتوغل المحكمة فى العديد من المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية دون إفراط أو تفريط . فقد أصدرت المحكمة أحكاما متعددة فى مجال مباشرة الحقوق السياسية ترتب عليها حل المجالس التمثيلية المشكلة طبقا لنصوص قضت المحكمة بعدم دستوريتها .

وعمقت المحكمة من مبدأ المساواة أمام القانون فأصبح لا يجوز التفرقة بين الأشخاص ذوى المراكز القانونية المتكافئة.

وأعلنت المحكمة عن الضمانات الخاصة للأفراد فى المجال الجنائى، والضمانات المتعلقة بحماية ممتلكات الأفراد .

وأوضحت المحكمة مفهوم الضرائب العامة وقضت بعدم دستورية العديد من النصوص التى فرضت الضريبة بالمخالفة لأحكام الدستور ، وحددت المحكمة مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية التى اعتبرها الدستور فى المادة الثانية منه المصدر الرئيسى للتشريع.

وحمت المحكمة حقوقًا أخرى كثيرة كالحق فى العمل والزواج وتكوين الأسرة والتعليم وحماية الحرية الشخصية... إلخ [16].

وفى تدعيم المحكمة لحقوق الإنسان آمنت بأن مصر عضو عامل فى المجتمع الدولى، ومايطبق من قواعد قانونية يتعين ألا يكون غريبا عن المستويات المستقرة فى الديمقراطيات المتحضرة ، وأدى ذلك الفكر المتحرر إلى أن تعلى المحكمة من شأن العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان ، وأن تطلب الالتزام بأحكامها التى تعكس حدوداً للحماية تعارفت الأمم المتحضرة على ضرورة التقيد بها .

وقد ابتكرت المحكمة ممارسات جديدة فى الأداء القضائى على نحو ما ظهر فى هذه الرسالة أثرى الفكر القانونى ، وبالطبع فإن المجال لم يتسع لاستعراض كل هذه الممارسات ، ولقد كان لانفتاح المحكمة على مدارس الفكر الأجنبى أثره الملموس فى الارتقاء بمستوى الفكر القانونى والقضائى فى البلاد .

وقد تضمن حكم المحكمة إضافة إلى الجانب العلاجي جانبا وقائيا يعرض للمفاهيم الدستورية التى باتباعها لا ينزلق المشرع فى حومة المخالفة الدستورية.

وقد آمنت المحكمة باستمرار التفاعل بين القضاء والمجتمع بما يسمح بتأصل التأثير المتبادل فيما بينهما ، وهذا هوالحوار الدستورى الذى نادينا به فى موضع آخر من هذه الرسالة .

وجريا وراء السياق الأمريكى بتسمية المحكمة باسم رئيسها خلال الفترة التى رأسها ، فإن محكمة التسعينات أو محكمة د. المر تذكرنا – وإلى حد كبير – بمحكمة وارن للحريات والتى امتدت فى أمريكا فى الفترة من ١٩٥٣ إلى ١٩٦٩، ولولا الخوف من الإطالة والتزاما بموضوع البحث الذى يركز أساس على محكمة رنكوست باعتبارها تمثل التطورات الحديثة فى المحكمة العليا الأمريكية ، لكنا قد عرجنا على تلك المحكمة العظيمة ولكن يمكن الرجوع فى هذا الشأن إلى التحليل القيم الذى أجراه أستاذنا الدكتور كمال أبو المجد[17] وللكتابات الأجنبية حولها .

ولا شك أن المبادئ التى وضعتها محكمة وارن المتحررة لم تستطع أى من محكمتى بيرجر ورنكوست المتحفظتين العدول عنها كثيرا نظرا لقوتها ومتانة حججها وحفاظها قدر الإمكان على حقوق الإنسان، لذا نظن أن المبادئ التى وضعتها محكمة د/ المر فى مصر لا يمكن العدول عن الكثير منها لذات الأسباب السالفة.

والحقيقة أن محكمة د. المر هى محكمة مقدامة غير هيابة فى حدود مبادئ التقييد الذاتى وما سعت تلك المحكمة إلا لكل خير لمستقبل هذا الشعب ، ولتطويره بلا جدال .

وإذا كانت المحكمة السابقة مباشرة على محكمة د. المر قد أنقذت البلاد من كارثة دستورية وانهيار دستورى لما قضت باستمرار القوانين التى أقرها مجلس الشعب المقضى ببطلان تكوينه استنادا لنظرية استمرار الدولة ، فإن محكمة د.المر كانت تسعى دائما إلى الحفاظ على المبادئ الدستورية والحيلولة دون الانهيار والفوضى قدر الإمكان.

ويحضرنا هنا مثال لحكمها الصادر بدستورية الخصخصة [18] فقد دفع المحكمة لإصدار ذلك الحكم اعتباران :

أولهما: نظرى ، وهو أن المحكمة الدستورية لا يجب أن تكون الوسيلة لفرض نظرية اقتصادية معينة ، وذلك اتعاظا بما حدث لما حاولت المحكمة العليا الأمريكية إبان عهد الرئيس روزفلت فرض نظرية

الحرية الاقتصادية الأمر الذى أدى للوقوف ضد مشروعات السياسة الجديدة والمواجهة مع روزفلت.

ثانيهما : عملى ، وهو أن البيئة المحيطة بالمحكمة وقت صدور هذا الحكم كانت تفرض على المحكمة القضاء بدستورية الخصخصة ، فلم يكن غائبًا عن المحكمة بحال انهيار النظرية الاشتراكية والاتحاد السوفيتى رأسها، وأن مصر إبان صدور الحكم على وشك الإفلات من عنق الزجاجة الاقتصادى لتتحول فى سنوات قليلة – إن شاء الله – لنمر اقتصادى حقيقى، وهناك مؤشرات تدل على ذلك لابد أن قضاة المحكمة أدركوها وقت صدور حكمهم بصورة أو بأخرى تتمثل فيما يلى:

١ – قيام البنك الدولى بإصدار شهادته بكفاءة الاقتصاد المصرى وتحقيق الخطة التى أعلنتها الحكومة المصرية لتنفيذ برنامج الإصلاح الاقتصادى – ومن ضمنه الخصخصة – مما أدى إلى إلغاء الشريحة الأخيرة من الدين المصرى الخارجى بمبلغ ٤,٢ مليار دولار أمريكى.

٢ – إعلان مؤسسة التمويل الدولية IFC ضم سوق المال المصرى إلى قائمة أسواق الدول الواعدة وإضافته إلى المؤشر العام للمؤسسة .

٣ – إعلان مؤسسة **Standered Poors** التقييم الجديد لمخاطر الائتمان المصرى على المدى القصير والطويل متقدما على العديد من الدول التى قطعت شوطا طويلا فى التنمية مثل البرازيل والمكسيك والأرجنتين وتركيا وبولندا ومماثلا لتقييم كل من الصين وأندونيسيا .

٤ – قيام مؤسسة التمويل الدولية مؤخرا بضم مجموعة كبيرة من أسهم الشركات المصرية إلى ما يسمى **The Investible Index**، ولا يتم ضم أى شركة إلى هذا المؤشر إلا بعد مطابقتها لمعايير معينة أساسية وفنية وسوقية ، وهناك العديد من كبار المؤسسات الاستثمارية العالمية تقصر استثمارتها فى الأسواق الواعدة على الأسهم التى يشملها هذا المؤشر فقط[19].

فما كان من الممكن على المحكمة أن تقضى بعدم دستورية الخصخصة لتقضى على مسيرة الإصلاح الاقتصادى بإيقاف برنامج الخصخصة الناجح لتوسيع نطاق الملكية ولإتاحة الفرصة من ثم للقطاع الخاص للقيام بدور فى زيادة الناتج القومى وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، إضافة لما كان سيسببه هذا الحكم – لو كان قد صدر – من مشاكل جمة فيما يتعلق بحقوق الغير على تلك الشركات التى تم خصخصتها ، والتى كان من الصعب إن لم يكن من المستحيل تسويتها .

ويحضرنا مثال آخر لدور المحكمة التطويرى فى المجال الاقتصادى والذى يتخذ جانبا سلبيا أيضا بمعنى أن المحكمة لا تقف ضد التطور ألا وهو حكمها الحديث بدستورية الفقرة الأخيرة من المادة (٢٦) من قانون البنوك والائتمان الصادر بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والتى تخول مجلس إدارة البنك المركزى المصرى، أن يصدر قرارا بعدم توزيع الأرباح التى يحققها أى بنك على المساهمين فيه إذا تبين نقص فى المخصصات واجبة التكوين بسبب أن ذلك القرار إنما يقع فى حدود السياسة النقدية والمصرفية التى ينتهجها البنك المركزى والتى تتوخى حمل البنوك جميعا على أن تكون مراكزها المالية مطابقة لحقيقتها توقيا لاضطرابها اقتصاديا أو ماليا وأن قراره هذا لا يعنى استئثاره بالأرباح التى قرر عدم الاعتداد بتحقيقها وقد قصد من هذه السلطة أن تظل للتنمية الاقتصادية والاجتماعية روافدها وللجهاز المصرفى وسائل رشيدة تكفل تحقيق الأغراض التى يقوم عليها[20]. هذا ويلاحظ أن مصر لم توقع أى اتفاقيات تلزمها بالسماح للبنوك الأجنبية بالعمل بعيداً عن رقابة البنك المركزى[21].

ويحضرنا مثال لدور المحكمة التطويرى فى المجال الاجتماعى والاقتصادى ذو طبيعة إيجابية بمعنى أن المحكمة هى التى تدفع نحو التطور ، وهو قضاء المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية [22] من المادة (٢٦) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمتعلق بامتداد عقود الإيجار للورثة والشركاء بالنسبة للمحال التجارية حتى لا تتحول المسألة إلى وراثة أبدية ، الأمر الذى دفع الحكومة لسرعة تقديم مشروع قانون لمراعاة التوازن بين الملاك والمستأجرين ، ولولا حكم المحكمة المذكورة وغيره فى مجال الإيجارات [23] لظلت العلاقات الإيجارية على حالها المعيب ولظلت ظاهرة خلو الرجل قائمة ولظل الملاك يتقاضون الملاليم عن عقارات بالملايين وهو الأمر الذى يتنافى مع التطور الاقتصادى ، ولولا يقظة المحكمة ومبادرتها بالحكم السالف وما سبق من أحكام تتعلق بالعلاقات الإيجارية لكانت الأوضاع كما هى فى سبات عميق .

وأخيراً فإنه و إن كانت محكمة وارن تسمى محكمة وارن للحريات فإن هذا اللقب يستحق أن يطلق على محكمة د. المر نظراً لحفاظها على حقوق الإنسان على اختلافها، ولو كان الزمان قد رجع بهذه المحكمة إلى الوراء فى الفترة التى قامت فيها محكمة وارن [١٩٥٣ : ١٩٦٩] لتغير وضع مصرنا الحبيبة حاليا ولكانت بالقطع من مصاف دول العالم الأول .

وبعد فهذه الأمثلة وغيرها الكثير ينم عن تفرد وتميز المحكمة وسعيها إلى كل ما هو خير .

المبحث الثانى

بعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية

كما قلنا فى المقدمة فإن التجربة الأمريكية عتيقة فى العمر والتجربة المصرية حديثة والقاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير لذا وفى ضوء من تقييمنا للتجربة الأمريكية نرى ما يلى :

١ - ضرورة الأخذ بأسلوب المحكمة العليا الأمريكية فى إصدار الأحكام«الأسلوب الأنجلوسكسونى»

كما رأينا فإن المحكمة العليا الأمريكية والأسلوب الأنجلوساكسونى عامة يسمح للقضاة المعترضين على الحكم بنشر آرائهم ، وقد كان لهذا الأسلوب صدى فى ذهن المشرع المصرى، إذ كانت لجنة تعديل قانون المرافعات السابق قد وضعت نصا مقتضاه أنه إذا صدر الحكم بأغلبية الآراء جاز للأقلية تدوين رأيها مسببا فى محضر الجلسة ، وأنه يتعين أن ينص فى الحكم على ما إذا كان صادرا بالأغلبية أو بالإجماع [24] ، غير أنه لم يقدر لهذا النص أن يصدر إذ رأت لجنة المرافعات حذف هذا النص لأنه لا يتفق مع التشريع المصرى ويؤدى إلى التشكيك فى سلامة الأحكام وقوتها.

وكما رأينا فى الباب التحليلى فإن المحكمة العليا قد تصدر أحكامها بالإجماع والذى قد يكون خالصا أو مع وجود رأى أو أكثر منضم أو مؤيد والذى يرى صاحبه أسباباً مغايرة غير التى رآها الحكم رغم اتفاقه مع الحكم فى النتيجة ، وقد يصدر الحكم بالأغلبية حال وجود رأى محتج أو أكثر يختلف مع الحكم فى المنطوق والأسباب وكل هذا يكون منشوراً ومعلوماً للكافة . ولا جدال فى أن لهذا النظام المزايا الآتية [25]:

أ - الاتساق مع كرامة القضاة واستقلالهم الشخصي ، إذ يحول دون مسئولية القاضي عن أحكام لا يرتضيها أسبابا أو منطوقا وأسبابا ، ومن ثم يتمكن القاضي من إبداء رأيه الخاص دون حجر عليه.

ب - الحث على اجتهاد القضاة في تسبيب الأحكام ومنع الاستتار خلف حكم مجهل يصدر عن هيئة المحكمة مما قد يغرى بالتكاسل والتواكل .

جـ - إعطاء الرأى العام فكرة صادقة عن حقيقة اتجاهات المحكمة ، ويبرر عدول المحكمة عن سوابقها طالما كانت الأغلبية في الحكم ضئيلة .

وقد يرى البعض أن عيوبا ينطوى عليها هذا النظام تتمثل في أن الرأى العام يفقد الثقة في القضاء كلما استبان له اختلافهم في وجهات النظر ، إلا أن ذلك مردود عليه بما هو معروف من أن القانون كسائر العلوم الاجتماعية والإنسانية لا يؤدى إلى حقائق ثابتة أو إلى حتمية فهو ليس من العلوم التي يرتبط فيها السبب بالنتيجة كالفيزياء والكيمياء ، فالصحة نسبية دائما في علم القانون وهذا ما أدركه قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ عندما أضاف المشرع إليه المادة (٥٤ مكررا) وذلك بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ لتنص على أنه إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا ، تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة كل عام قضائي من أحد عشر مستشارا برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه .

ويكشف التاريخ الدستورى القيم للمحكمة العليا الأمريكية عن أن بعض الآراء المحتجة أحيانا كانت أكثر منطقا و أقوى أساسا من رأى أغلبية المحكمة الأمر الذى دفع المحكمة إلى العدول عن سوابقها وتبنى الموقف المحتج، ومن ثم فإن الآراء المحتجة مصدر قوة للمحكمة وتراث عظيم للنهل منه استجابة للتغيرات اللازمة في المزاج القومي ومواكبة لسمة التطور[26].

والمتابع لأحكام المحكمة العليا الأمريكية حاليا يجد مثلا أن القاضية ساندرا دى أوكنر في آرائها المحتجة والموافقة قد تبدو أعظم حجة وإقناعا من رأى أغلبية المحكمة ذاته .

وإذا كانت الديمقراطية هي النظام الممكن لاستخدام الأغلبية لقوة الدولة في إنفاذ آرائها مع الاحترام الكامل لوجهة نظر الأقلية والمعبر عنها عبر القنوات الشرعية ، فإنه لا أقل من أن يطبق ذات هذا النهج بالنسبة لمحكمتنا الدستورية العليا.

٢ - جعل سن الخدمة بالمحكمة الدستورية العليا مفتوحا تشبها بالمحكمة العليا الأمريكية

ورب من قائل إن في ذلك مخالفة للدستور ومبدأ المساواة بين المتساوين في المراكز القانونية المتكافئة أي بالمساواة المفترضة بين قضاة المحكمة الدستورية العليا وغيرهم ، إلا أننا نرى أن المركز القانوني غير متكافئ ويظهر عدم التكافؤ في آثار الأحكام ، فحكم المحكمة الدستورية عيني ويمتد إلى الكافة، ولا شك أن تعديل طريقة تعيين قضاة المحكمة على النحو الذى اقترحناه سلفا سيساهم في تعضيد تميز المركز القانوني لقضاة المحكمة الدستورية العليا عن غيرهم[27] ، ومن أجله إزالة أي شبهة نرى تعديل الدستور للنص على ذلك .

٣ - يوصى بتعيين امرأة كقاضية بالمحكمة الدستورية العليا

فإذا كان القضاء الدستورى قضاء سياسيا ، فيجب أن يراعى فيه تمثيل المرأة التى هى نصف المجتمع ، إذ لا جدال فى أن وجود المرأة وسط زملائها داخل المحكمة سينير الطريق أمام المحكمة ، للبت فى العديد من الأمور التى تهم المرأة ككل .

ولا ينال مما تقدم الادعاء بأن الشريعة الإسلامية تحظر ولاية القضاء على المرأة ، إذ إن ذلك غير ثابت بنص قطعى بالقرآن والسنة ، بل إن الثابت أن عمر بن الخطاب ولى امرأة تدعى « الشفاء» قضاء السوق .[28]

وعلى سبيل الفرض الجدلى بأن التعيين يخالف الشريعة الإسلامية ، فإن قانون المحكمة الدستورية العليا الذى ينص على التعيين بصفة عامة دون تخصيص سابق على التعديل الدستورى للمادة الثانية سنة ١٩٨٠.

ويمكن فى ظل الوضع الحالى الذى تغيب فيه المرأة عن أن تكون قاضية بالقضاء العادى أو الإدارى اختيار امرأة كقاضية من الهيئتين القضائيتين الأخرتين اللتين تسمحان بذلك وهما هيئة قضايا الدولة وهيئة النيابة الإدارية ، كما يمكن تعيينهما من فئة المحامين أو أساتذة الجامعات .

والحقيقة أن التجربة الأمريكية قد أثبتت تماما نجاح المرأة كقاضية بالمحكمة العليا، وكما أسلفنا فإن ساندرا دى أوكنر أول قاضية تعين بالمحكمة فاقت فى كفاءتها زملاءها من الرجال وكثيرا ما تبنت المحكمة العليا الأمريكية لاحقا آراءها المحتجة .

٤ - الأخذ بفكرة مذكرات الصداقة الموجودة بالولايات المتحدة

القضاء الدستورى ملزم لكافة الجهات بالدولة بما له من حجية مطلقة بعكس سائر المحاكم الأخرى التى يكون حكمها ذا حجية نسبية .

و ما دام حكم المحكمة الدستورية العليا على هذا القدر الجلل من الأهمية، فمن ثم لا بد من تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بما يسمح لأى شخص طبيعى أو معنوى أو جهة ما من الجهات أن تتقدم بمذكرة رسمية فى الدعوى لتوضيح الرأى القانونى فى دستورية النص ، والمصلحة متوافرة للجميع فى إظهار ما إذا كان نص فى قانون أو لائحة قد أصابه عوار دستورى من عدمه.

وإذا كان أساس رفض الرقابة السياسية هى أنها رقابة فى الفراغ، بينما الرقابة القضائية رقابة فى الموضوع تكون بعد تطبيق النص وإظهار عيوبه ، فإن السماح بتقديم هذه المذكرات يساعد على إظهار عرى الحقيقة الكامنة فى النص المطعون عليه من حيث مدى مطابقته للدستور.

الفصل الثالث

التـوصيات الختاميـة

التوصيـة الرئيسيـة

يوصى بالاهتمام بتدريب القضاة من الناحية الدستورية سواء كانوا من قضاة القضاء العادى أو الإدارى ، إذ الاهتمام حينئذ بتلك الدورات الدستورية سوف يؤدى لمزيد من الوعى الدستورى لدى القضاة، والذى نحن في أوج الاحتياج إليه للحفاظ على دستورنا.

وكذلك يجب الاهتمام بالقدرة الدستورية للقضاة عند التفتيش الفنى على أعمالهم.

ويلاحظ أن الإحالة من محكمة الموضوع - والتى هى إحدى الوسائل الثلاث للوصول بالدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا- قليلة الحدوث، وإن حدثت فإنه يحدث كثيرا أن يكون تقدير محكمة الموضوع لدستورية نص ما غير صحيح طبقا لما تنتهى إليه المحكمة لدستورية العليا .

وطريقة الإحالة هذه تعد فى تقديرنا أهم من طريق الدفع نظراً لأن الوعى الدستورى لدى المتخاصمين لا يتصور أن يرتقى إلى الوعى الدستورى للقاضى صاحب الخبرة والولاية، والذى كلما زاد وتدعم تمكن القضاة من تحقيق درجة كبيرة من النجاح فى تصفية النصوص غير الدستورية بإحالتها إلى المحكمة الدستورية من تلقاء ذات المحكمة أو على الأقل بقبول الدفع المقدم بشأنها.

ومن الغريب أن هناك نصوصا مقطوعا فى عدم دستوريتها ورغم ذلك لا زال معمولا بها حتى تاريخه ولا تزال المحاكم تطبقها، ومثال ذلك قصر حق الانتخاب والترشيح وفقا لأحكام القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ بشأن الغرف التجارية [م٥ و م ٧ منه] على التجار المصريين من الذكور دون الإناث وهو الأمر الذى يخالف مبدأ المساواة الذى أقرته المحكمة الدستورية العليا وكذا الحماية القانونية المتكافئة لذوى المراكز المتماثلة .

- وتدريب القضاة دستوريا مهم إضافة لما سلف ، بالنظر لأن هؤلاء القضاة سواء كانوا بالقضاء

العادى أو الإدارى ، وسواء كانوا بالقسم القضائى أوبقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أو بأى جهة أخرى ذات اختصاص قضائى، يقومون جميعا بدور مهم فى تفسير النصوص القانونية لتطبيقها حقا وصدقا على ما يعرض عليهم، فإذا كان الفكر الدستورى فى ذهن القاضى وهو يقوم بمهامه فإنه لا غرو سيميل إلى التفسير الأقرب إلى المبادئ الدستورية ويهجر التفسير الذى يخالفها أو لا يتلاءم معها.

ويحضرنا هنا مثال عملى يتمثل فى أنه عرض على الجمعية[29] العمومية لقسمى الفتوى والتشريع طلب وزير المالية بالاستفتسار عن مدى جواز خضوع العمولة التى تدفعها شركة مصرية إلى وكيلها «شركة أجنبية مقيمة بالولايات المتحدة الأمريكية» للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية فى مصر حيث يوجد رأيان فى هذا الأمر .

أولهما : يذهب إلى خضوع العمولة للضريبة تأسيسا على ما يلى :

١ - إن المشرع فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ - الذى أبرمت اتفاقية تجنب الازدواج الضريبى بين كل من جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية فى ظل العمل بأحكامه - وكذلك القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ (الحالى) قضى بسريان ضريبة الأرباح التجارية والصناعية على كل مبلغ يدفع على سبيل العمولة لأى شخص طبيعى أومعنوى ولو كان عن عمل عارض لا يتصل بمباشرة مهنته ، وقد جاء حكم المادتين (٣٢ مكرر)[30] من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩و (٢/١٥) من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ مطلقا وشاملا كافة العمولات التى تدفع فى مصر سواء كان العمل الذى استحق عنه العمولة قد أدى داخل مصر أم خارجها ومما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادتين ٦٠ مكرر ، ٤٤ من القانونين المذكورين من التزام الجهات المنصوص عليها فيها بخصم نسبة من العمولة التى تدفعها لأى شخص من أشخاص القطاع الخاص تحت حساب الضريبة .

٢ - إن الاتفاقية المذكورة لم تتضمن حكما يقضى بإعفاء العمولة التى يحصل عليها الوكيل المقيم فى إحدى الدولتين المتعاقدتين عن عملية أوعمليات تجارية لحساب أحد المواطنين أو المقيمين بالدولة الأخرى من الضريبة المفروضة على تلك العمولة بهذه الدولة [الأخرى] .

ثانيهما : يذهب إلى عدم خضوع العمولة المشار إليها للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية وذلك تأسيسا على مايلى :

١ - إن مستحق العمولة عبارة عن شركة أجنبية أمريكية لا تخضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية إلا إذا باشرت نشاطا تجاريا أو صناعيا فى مصر ولما كان نشاطها بصفتها وكيل بالعمولة تم فى أمريكا ، فمن ثم فهو يخضع للتشريع الضريبى الأمريكى ولا وجه لإخضاعه للضرائب المصرية منعامن الازدواج الضريبى .

٢ - إن ما ورد بالحجة الأولى للرأى الأول غير صحيح لأن أحكام القانونين ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، ١٥٧ لسنة ١٩٨١ فيما يتعلق بالوكالة بالعمولة تتعلق بالنشاط الذى يتم فى مصر .

وعندما يفكر القاضى فى هذا الأمر سيجد أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبى التى يحكمها القانون الخاص سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية ودون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدنى أوبالقانون التجارى أوغيرهما من فروع القانون الخاص.

أما المراكز الخاضعة للقانون العام « كما هو مركز الشركة الأمريكية محل الأمر» فهى لا تثير تنازعا بين القوانين وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان وينطبق ذلك القول على القانون المالى بوصفه فرعًا من فروع القانون العام إذ يتصدى القاضى لمركز قانونى معين ليحدد مدى خضوعه لأحكام الضريبة فى مصر ، فإذا كان خاضعا لها فإن القانون المالى المصرى ينطبق أما إذا لم يكن خاضعاً لولاية القانون المصرى فإن القاضى لا يملك أن يبين قانون الدولة صاحبة الولاية فى تحصيل الضريبة ، وبعبارة أخرى[31] فإن مهمة القاضى هى تحديد نطاق تطبيق القانون المالى المصرى من حيث المكان ولكن المسألة التى يواجهها لا تثير تنازعا بين القوانين أى أن بحثه لن يؤدى بحال إلى تطبيق قانون أجنبى على النزاع.

وإذا كان المشرع المصرى قد وضع الشريعة العامة فى تنازع القوانين من حيث المكان فى القانون المدنى فى المواد من (١٠) إلى (٢٨) فإنه لا مجال لانطباقها فى المنازعات الضريبية بالنظر لأن دور القاضى حينئذ سيكون هو تحديد نطاق تطبيق القانون المالى المصرى على النزاع من حيث المكان .

والقاعدة أن القانون الضريبى ينطبق على إقليم الدولة ولا يتعداه إلى أقاليم الدول الأخرى .

وعلى ذلك فالقاضى صاحب الفكر الدستورى سيتخير يقينا الرأى الثانى بحسبان أنه يجب تأويل النصوص القانونية [32] بما يتفق وحكم الدستور كلما أمكن ذلك ، إذ إن مبدأ إقليمية الضريبة غدا مبدأً دستوريا فى فرض الضرائب مستقر فى الضمير الإنسانى والعالمى بحيث لا يجوز لدولة أن تتجاوز تخوم حدودها الإقليمية لتفرض الضريبة على أنشطة بدأت دورتها خارجها واكتملت، إذ يعد الأمر حينئذ مجرد تنمية لموارد الدولة من خلال ضريبة تفتقر لأسسها ولا يجب أن تكون هذه الجباية هدفا يحميه الدستور ، ومن ثم لا يجوز للدولة تعقب دخول لم تتم على أرضها وليس لها علاقة بها.

ويحضرنا مثال عملى آخر يوضح المعنى إذ استفسر السيد / وزير المالية من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع [33] عن مدى جواز إصدار وزارة المالية لخطابات ضمان للهيئات والمؤسسات العامة فيما تعقده من قروض داخلية لتمويل مشروعاتها المدرجة فى الخطة قبل عرض عقد القرض على مجلس الشعب، حيث وجد رأى يرى أن موافقة مجلس الشعب على المشروعات المدرجة بالخطة تطبيقا لنص المادة (١١٤) من دستور سنة ١٩٧١ يعد موافقة ضمنية على عقود القروض التى تمول هذه المشروعات بما يغنى عن إعادة عرض عقد القرض ذاته على مجلس الشعب، ومن ثم يحق لوزارة المالية ضمان تلك القروض.

والقاضى صاحب الفكر الدستورى سيدرك لا محالة عدم صحة الرأى المذكور ، إذ الأصل فى نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة ، وهى باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين احترامها والعمل بموجبها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة ، وأحقها بالنزول على أحكامها ، وأن الدستور قد اختص السلطة التشريعية بسن القوانين وفقا لأحكامه، فنص فى المادة (٨٦) منه على أن يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وذلك كله على الوجه المبين بالدستور ، وتطبيقا لذلك حظر الدستور فى المادة (١٢١)[34] منه على السلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب ، ومفاد هذا النص حسبما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع[35]

أن المشرع الدستورى حظر على السلطة التنفيذية إبرام عقد قرض يرتب التزامات مالية لاحقة أو يسدد فى خلال ذات السنة كما حظر الارتباط بمشروع يرتب ذات الأثر إلا بعد الحصول على موافقة مجلس الشعب، وذلك بقصد تحقيق مبدأ رقابة السلطة التشريعية على موارد الدولة ومصروفاتها، كما أن ارتباط الحكومة بقرض أو مشروع دون موافقة مجلس الشعب سيؤدى إلى إجباره على إدراج الاعتمادات اللازمة للتنفيذ فى ميزانيات السنوات المقبلة إن كان العقد أو الارتباط يستلزم إنفاق مبالغ فى سنوات لاحقة فتحرم بذلك السلطة التشريعية من حقها فى مناقشة اعتماده فى الميزانية ومن حقها فى قبول الالتزام بالقرض أو المشروع أو رفضه أو تعديله، ومن ثم يتعين عرض عقود القروض التى تبرم لتنفيذ المشروعات المدرجة بالخطة رغم موافقة مجلس الشعب عليها وعلى تكاليفها الإجمالية باعتبار أن رقابة المجلس لاتنصب فقط على التمويل الإجمالى للمشروع وإنما تمتد لتشمل طرق التمويل وشخص المقترض وطرق الدفع وتكاليف خدمة القرض وغير ذلك من الالتزامات التى تقع على عاتق الدولة بموجب نصوص القرض يستوى فى ذلك أن يكون القرض داخليا أو خارجيا أو دوليا.

وما من شك أن التفسير الآنف لنص المادتين ١١٤ ، ١٢١ من الدستور يحقق تكامل الأطراف وتضافر المعانى لنصين دستوريين لهما هدف واحد هو تحقيق الرقابة التشريعية على الأعمال التنفيذية ، ولو كان نص المادة (١١٤) يغنى عن نص المادة (١٢١) لعد ذلك لغوا يجب تنزيه المشرع الدستورى عنه.

ومن حيث إن القرار الجمهورى رقم ١١٥لسنة ١٩٦٨[36] أذن لوزير الخزانة - المالية - فى ضمان الهيئات والمؤسسات العامة فيما تحصل عليه من قروض بالشروط والأوضاع التى يحددها بقرار منه.

ولما كان الضمان هو نوع من الكفالة الذى يختلف فى أركانه عن عقد القرض فمن ثم فإن الضمان لايجب عرضه على المجلس ويبقى الأمر فى ملاءمة تقريره قبل عرض عقد القرض على المجلس أم بعده.

ورب من قائل أنه من الأفضل أن يكون سابقا على العرض على المجلس إذ يعد دالا على أهمية القرض المضمون ولزوميته الأمر الذى يكشف عرى الحقيقة أمام مجلس الشعب صاحب الاختصاص النهائى فى الموافقة على القرض من عدمه، ولأنه إن صار الضمان لاحقا بات لاتقدير فيه.

ولا يجوز الاحتجاج هنا أن متطلبات الحفاظ على قيمة النص الدستورى الواردة بالمادة (١٢١) تقتضى أن عقد القرض المضمون لا يتكامل وجوده إلا بموافقة مجلس الشعب وقبل تلك الموافقة يصير مشروعا لا يجوز ضمانه لانعدام المحل، إذ يسمح القانون المدنى فى المادة [٧٧٨] منه بكفالة الدين الشرطى ، وأمام قوة هذه الحجج يدرك القاضى صاحب الفكر الدستورى أن المجال ليس مجال مشروعية وإنما ملاءمة دستورية ليس أكثر ،فتأييد الضمان اللاحق فيه سد للذرائع لما لوحظ فى الواقع العملى من تنفيذ عقود القرض بمجرد ضمان وزارة المالية دون انتظار لموافقة المجلس على عقد القرض ، الأمر الذى يجبر المجلس على الموافقة استجابة للضرورة ويفرغ الرقابة من المقصود منها لتصير مجرد رقابة شكلية ، الأمر الذى يجعل نص المادة (١٢١) من الدستور عديم القيمة .

وإذا كان قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٥ لسنة ١٩٦٨ سالف الذكر يخول وزير المالية الضمان وفقا للشروط التى يضعها فإن الإفتاء هنا وحفاظا على النص الدستورى هو أن يكون الضمان لاحقا لموافقة مجلس الشعب على القرض، فإن كان سابقا على ذلك فيجب أن ينص فيه صراحة على جعله معلقا على موافقة المجلس ، بحيث لايجوز الصرف إطلاقا إلا بتحقق تلك الموافقة . وهكذا ينفذ

القاضى صاحب الفكر الدستورى إلى ماوراء الكواليس بهدف حماية النصوص الدستورية بقدر ما يملكه من طاقة إذ فى الواقعة السالفة لو كان الضمان السابق لا يؤدى إلى الصرف من القرض لماأثيرت مشكلة حوله استدعت العرض على الجمعية العمومية.

ويحضرنا أخيرا مثال ثالث يؤكد المعنى أيضا وهو أن السيد وزير المالية تساءل [37] عن سعر صرف الجنيه المصرى الذى يعتد به للعملات الأجنبية التى يحققها الممول قبل ١٠ / ٧ / ١٩٨٥ عند حساب الضريبة المستحقة عليه، حيث كانت الجمعية العمومية قد انتهت بجلستها المنعقدة فى ١٧ / ١١ / ١٩٩١ إلى أن أداء الضرائب بجميع أنواعها يكون بالعملات الوطنية ويعتد فى ذلك بالسعر الرسمى المعلن من البنك المركزى لدى توافر الواقعة المنشئة للضريبة طبقا للقانون.

ورأى سيادته أن الإفتاء السابق لاتبدو صعوبة فى تطبيقه اعتبارا من١٩٨٧/٥/١٠وهو تاريخ صدور قرار إنشاء السوق المصرفية، أما قبل هذا التاريخ فقد كان يتوفر فرق كبير بين سعر صرف العملات الأجنبية بالجنيه المصرى والعكس الذى يعلنه البنك المركزى وبين سعر هذا الصرف فى السوق الحرة خارج النطاق المشروع قانونا ، وتساءل عما إذا كان يمكن حينئذ المحاسبة على أساس من السوق الأخيرة. وهنا على القاضى المتمرس دستوريا والقارئ لأحكام المحكمة الدستورية العليا أن يسترجع ما قررته المحكمة حول افتراض البراءة والذى يقوم على الفطرة التى جبل الإنسان عليها إذ ولد حرا مبرءا من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامنا فيه، مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض المحكمة الجنائية بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض على ضوء الأدلة التى تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إليه فى كل ركن من أركانها، بما فى ذلك القصد الجنائى بنوعيه إذ كان متطلبا فيها ، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة التى يستند إليها مفهوم المحاكمة الجنائية المنصفة التى كفلها الدستور[38].

وعلى القاضى أن يطبق ما سلف على الواقعات، دون أن ينال من ذلك أن المبادئ المذكورة تتعلق بالمجال الجنائى ونحن فى مجال ضريبى إذ إن الحبال موصولة بينهما، وعليه تصلح تلك المبادئ للتطبيق بالنظر لأن حساب الأرباح على أساس افتراض التعامل بالسوق غير المشروعة المشهورة باسم « السوق السوداء» يمكن أن يؤدى إلى اتهام الممول جنائيا بالتهرب الضريبى منها .

وعلى ذلك لايصح حساب أرباح المنشأة أو الممول ضريبيا على أساس من افتراض التعامل فى السوق غير المشروعة لأن هذا الافتراض يخالف فطرة الله فى خلقه التى جبلهم عليها وهو أنهم ولدوا مبرءون من كل إثم.

وما أردنا ذكره من هذه الأمثلة العملية المطولة – التى صادفتنا[39] – أن نثبت أن الاهتمام بتدريب القضاة دستوريا من أهم الأمور، ودور القضاة خارج المحكمة الدستورية العليا فى الحفاظ على المبادئ الدستورية التى قررتها تلك المحكمة فى إطار من فهمها وهضمها من قبلهم غير منكور، وأن تفسير النصوص وتأويلها بما يتفق مع صحيح حكم الدستور يجب أن يكون هو الواجب المفترض فى كل قاض، وأن على هؤلاءالقضاة ليس فحسب العمل على تدعيم المشروعية الدستورية ولكن العمل على ما هو أدنى من ذلك قليلا ألا وهو الحفاظ على الملاءمة الدستورية فيما يعرض عليهم، بحيث يكون الرأى المتبنى دوما مع تدعيم وتعضيد النص الدستورى حتى ولو كان الرأى المخالف لا مخالفة دستورية فيه، أما إذا تكشف للقاضى عدم إمكانية تأويل النص بما يتفق وصحيح الدستور فإن عليه واجب إحالته من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا[40] أو – أضعف الإيمان – قبول الدفع

بعدم الدستورية المقدم من أحد الخصوم فى الدعوى.

٢ - إذا كانت القاعدة أن كل إناء ينضح بما فيه ، وإذا كان دور القاضى خارج المحكمة الدستورية غير منكور وعلى نحو ما ذكر فى التوصية الأولى.

ولما كان طلبة كلية الحقوق هم فى حقيقتهم قضاة الغد ، فإنه حتى يمكن الوصول إلى قضاة أصحاب فكر دستورى فإنه يجب الاهتمام بمادة القانون الدستورى وإحداث ثورة فى تدريسها بمصر ، وقد كان شائعا وقت أن كان الباحث طالبا بكلية الحقوق أن القانون الدستورى هو مادة تدرس فى السنة الأولى وينتهى علاقة الطالب بها مدى حياته بعد ذلك ، لذا يجب العمل على جعل مادة القضاء الدستورى هى المادة التى يختم بها الطالب حياته الدراسية بالسنة الرابعة وذلك بعد أن يكون قد نضج نسبيا واستوى على سوقه.

ولما كان القضاء الدستورى يعتمد على المفاهيم المستقرة فى الضمير الإنسانى لتفسير وتطبيق المبادئ الدستورية، فإن تدريس أحكام المحكمة العلياالأمريكية ضمن مادة القضاء الدستورى إضافة لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية ليس ترفا عظيما أو سرفا زائدا وإنما هو أمر يستلزمه الدور العظيم للمحكمة الأمريكية فى إرساء المبادئ الدستورية والتى يصلح جزء كبير منها للتطبيق فى دول أخرى ، فالاسترشاد بالمبادئ التى أرستها هذه المحكمة وبتجاربها وعثراتها أمر عظيم الفائدة خاصة وأن تلك المحكمة هى أعتق المحاكم الدستورية الباقية على قيد الحياة فى البسيطة .

وندعو فقه القانون العام إلى مزيد من التركيز على القضاء الدستورى، فالقضاء الدستورى - قياسا على سوق المال المصرى إن جاز ذلك القياس - هو سوق صاعد واعد والاستثمار الفقهى فيه شديد الربحية ، ومن العجب أن جل تركيز فقه القانون العام هو على القضاء والقانون الإداريين رغم استقرار مبادئهما كتلك المتعلقة بالموظف العام والمرفق العام والتى قتلت بحثا، ولا يجب أن نترك العبء كله على عاتق محكمتنا الدستورية إذ لا زال مطلوب دور الفقه فى تحليل وتقييم القضاء الدستورى والمساهمة فى تطويره .

٣ - تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى فى المسائل المنصوص عليها فى المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ٧٢ ومن ضمن هذه المسائل ما نصت عليه الفقرة (د) وهى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الوزارات أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزما للجانبين.

وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بأن مؤدى نص المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أن المشرع لم يسبغ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ولاية القضاء فى المنازعات التى تقوم بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها، إنما عهد إليها بمهمة الإفتاء فيها بإبداء الرأى مسبب على ما يفصح عنه صدر النص ، ولايؤثر فى ذلك ما أضفاه المشرع على رأيها من صفة الإلزام للجانبين لأن هذا الرأى الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولايرقى به نص المادة (٦٦) المشار إليه إلى مرتبة الأحكام ، ذلك أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى لمجلس الدولة ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التى رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات التقاضى وضماناته كما

لا يحوز الرأى الذى تقدمه بشأنها حجية الأمر المقضى(41). ولما كانت هيئة الجمعية الموقرة تتشكل وفقا لنص المادة ٦٥ من قانون مجلس الدولة من نواب رئيس المجلس لقسمى الفتوى والتشريع ومستشارى التشريع ورؤساء إدارات الفتوى برئاسة النائب الأول لرئيس مجلس الدولة.

ولما كان هذا التشكيل قويا مهيب الشأن ، الأمر الذى يدفعنا إلى المطالبة بتعديل قانون مجلس الدولة بما يجعلها محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى على الأقل، بالنص على ما يؤدى إلى توافر سمات القضاء وضماناته أمامها ، إذ يحزن المرء وقد كثر عرض تقاريره عليهاومتابعته لفتاواها القيمة - أن يجد هذا التشكيل المهيب وهو يفصل فى نزاع ما استنادا لنص المادة ٦٦/د المذكورة عاجزا عن إحالة ما يراه من نصوص غير دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، ولا يستطيع أن يقبل دفوعا بعدم الدستورية ، وتضطر الهيئة الموقرة أحياناًإلى الفصل برأى ملزم فى نزاعات حقيقية وليست أكاديمية أو متوهمة أو ظنية ، استنادا إلى قانون أو لائحة، يعلم يقينا أعضاء الهيئة الموقرة بعدم دستوريته أوعلى الأقل يشكون فى هذا الأمر. ولو مكنت الجمعية العمومية مما تمكن منه المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى على النحو السالف لعد ذلك إضافة ذات شأن جليل للفكر الدستورى ، ولا يعقل أن يكون سلطة الجمعية من الناحية الدستورية أقل من أقل محكمة فى أصغر مركز من المراكز.

والحقيقة المؤكدة هو أن تقدير ما يربو على ثلاثين مستشارا من خيرة رجال مجلس الدولة حول دستورية نص ما سيكون فى أغلب الأحوال متفقا وصحيح حكم الدستور ، وممكنا المحكمة الدستورية العليا من مباشرة ولايتها الدستورية على أكبر عدد ممكن من النصوص المشكوك فى دستوريتها.

وهكذا تتواصل الجهود وتتضافر المعانى.

٤ - إنشاء شرطة خاصة بالمحكمة الدستورية العليا تدين بالولاء والتبعية لها وليس لوزارة الداخلية تدخل نفقاتها فى موازنة المحكمة ، ويتولى هذا الجهاز متابعة التنفيذ الفورى لأحكام المحكمة الدستورية، ومخاطبة الجهات المسئولة لتحقيق ذلك وتذليل كافة العوائق .

٥ - جعل مشروع موازنة المحكمة ملزما للمجلس التشريعى ، ولا نظن على الإطلاق أن الجمعية العامة للمحكمة والتى تقر مشروع الموازنة الذى يعده رئيسها سوف تسرف فى استخدام هذه السلطة ، ونرى أن هذا الأمر يحتاج إلى تعديل دستورى.

ونرى أن القاضى عامة الذى يجلس للقضاء خالى الذهن من المشكلات المادية سوف يتمكن من القضاء العادل دون أن يشغله أى شاغل .

وبمقارنة دخول القضاة فى أمريكا وانجلترا بنظيرها فى مصر سوف نجد أن البون شاسع، فرئيس المحكمة العليا الأمريكية وقضاتها لا يقل راتبهم كثيراً عن راتب الرئيس الأمريكى، لذلك وجدنا - سلفا - أنه لا رغبة لهم ولا طموح فى مناصب أخرى .

٦ - تجهيز المحكمة بأحدث المعدات وشبكات الاتصال حتى يمكن توصيلها بالمحاكم الدستورية المختلفة فى أنحاء العالم، مع توفير أقسام ترجمة للأحكام وشراء برامج ترجمة فورية ، بحيث لا يعتمد فى هذا الشأن على المجهود الذاتى للقاضى الدستورى وإجادته للغات ، إذ ما أحوج القاضى الدستورى إلى الاطلاع على الأحكام الدستورية فى شتى أنحاء العالم، وخاصة المحاكم الدستورية ذات الثقل وعلى رأسها المحكمة العليا الأمريكية والمحاكم الدستورية فى ألمانيا وايطاليا والنمسا، ولا

يتصور بالطبع أن يجيد القاضى كل هذه اللغات .

ويجب تشجيع وتعضيد الاحتكاك المستمر بين قضاة مصر الدستوريين وأقرانهم فى أنحاء المعمورة ، لما هو معروف من أن المبادئ الدستورية ذات مضمون عالمى بمعنى أن تفسيرها يكون فى إطار مما استقرت عليه الجماعة الدولية والضمير الإنسانى والعالمى ، وفى إطار ما أخذت به المواثيق الدولية، إذ يوجد ما يسمى بهجرة المبادئ الدستورية ، ولا عجب أن توجد مبادئ شديدة التقارب بين محكمتين دستوريتين فى دولتين متباعدتين تماما.

٧ - أن يكون عدول المحكمة عن سوابقها بصورة صريحة وليس بصورة ضمنية تعضيدا للثقة فى أعمال المحكمة، فقد لاحظنا مثلا أن المحكمة عدلت عن مفهوم التصدى القديم إلى مفهوم حديث هو الأصح والأدق[42] دون أن تشير لذلك صراحة . والعدول الصريح عن السوابق فى تقديرنا هو دليل صحى على تطور المبادئ الدستورية بحسبانها فى معظمها ذات معان مفتوحة غير عصية على التعديل بما يتناسب وتطور البشرية .

٨ - تشجيع ما درجت عليه محكمتنا الدستورية من الإسهاب فى شرح أحكامها إذ لذلك دور هام فى تثقيف الشعب دستوريا ، فإذا كانت المحكمة تحمى الدستورفإن الشعب أو بالأدق الرأى العام الواعى ، والمتفهم لحقيقة دور المحكمة هو الحامى لها.

ومن ناحية أخرى فإن هذا الأسلوب المسهب فى شرح الأحكام لا يمثل تربية دستورية للشعب فحسب وإنما للقضاة أيضا وللمشتغلين فى المجال القانونى بصفة عامة وهذا الدور التربوى يمتد ليشمل قضاة المحكمة أنفسهم.

ويعد مستحسنا أيضا ذكر الأصول الإنجليزية أو الفرنسية أو اللاتينية للمبادئ التى تفرضها المحكمة ، إذ إن المحكمة يتربص بها أعداؤها ومن السهل الوشاية بها والادعاء بأنها تختلق من عندياتها مبادئ لا أساس لها فى الفكر القانونى .

فإذا ذكر الأصل الأجنبى للمبدأ ثبت منه أنه مستقر عالميا، ومن الصعب عندئذ الادعاء بأن المحكمة تتجاوز حدود دورها أو أنها أصبحت - بإبطالها للقوانين - مجلسا تشريعيا ثانيا لم ينتخبه الشعب.

٩ - الإبقاء على فكرة الأثر الرجعى باعتبارها - وللأسباب التى أسلفناها - الأقرب إلى العدالة، ونبذ أى فكرة بديلة فى هذا الشأن كفكرة الأثر الفورى للحكم أو إعطاء المحكمة سلطة تحديد ميعاد تنفيذ الحكم .

ولا بأس فى ظل الوضع الحالى من عرض نص المادة (٤٩ / ٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا على المحكمة ذاتها كمنازعة تفسير استنادا لنص المادة (٢٦) من ذات القانون بحسبان أن هذا النص أثار خلافا فى التطبيق وله من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيره ، وآية هذا الخلاف فى التطبيق هو سلسلة الطلبات التى تنهال على إدارات الفتوى بمجلس الدولة من المحافظات والجهات العامة للاستفسار عن كيفية تطبيق بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا، وميعاد سريان التقادم ، وكيفية التمسك به ومن له الحق فيه ، ونتمنى أن تنتهى المحكمة إلى قضاء فى دعوى التفسير يطابق الفكرة التى اقترحناها سلفا [43].

١٠ - قمنا بعمل بحث لردود فعل المشرع المصرى - العادى واللائحى - للقوانين والقرارات

المقضى بعدم دستوريتها بالباب التحليلى[44] من هذه الرسالة فى غير المجال السياسى، حيث تناول البحث أربعة أحكام خاصة بالمجال الضريبى، وأربعة أحكام خاصة بحق الملكية، وستة أحكام خاصة بمجال العلاقات الإيجارية، وحكمين يتعلقان بالشريعة الإسلامية.

وقد خلصنا من هذا البحث لما يلى :

أ – لم يقم المشرع بمجرد إلغاء القانون أو القرار المقضى بعدم دستوريته عدا إصداره القانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٩٦ بإلغاء القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادى وقانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الصادر فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣، بعدم دستورية فرض ضريبة على الأرض الفضاء .

ب – لم يقم المشرع بإصدار قانون أو قرار يحاول به تلافى العوار الدستورى الذى ألم بالقانون أو القرار المقضى بعدم دستوريته عدا أربع حالات كالتالى :

– إصدار القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ بفرض ضريبة على أجور ومرتبات العاملين المصريين بالخارج ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الصادر فى الدعوى رقم ٤٣ لسنة ١٣ ق دستورية جلسة ٦ / ١٢ / ١٩٩٣ بعدم دستورية القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ .

– إصدار القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قوانين الإيجارات ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكة الرابع المشار إليه سلفا المتعلق بالفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

– إصدار المشرع اللائحى لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء محميات طبيعية فى منطقة علبة بمحافظة البحر الأحمر ، وكان ذلك استجابة للحكم فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١/١٠/١٩٩٤ والمتعلق بالمحميات الطبيعية .

– إصدار المشرع اللائحى القرار الوزارى رقم ١٠٩٤ لسنة ١٩٩٥ بتعديل القرار الوزارى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم ، وكان ذلك استجابة للحكم فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ٢٠/٥/١٩٩٥ بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم

ويعد هذا القرار الآنف هو الوحيد الذى أشار فى ديباجته إلى حكم المحكمة الدستورية الذى كان سبباً فى إصداره .

وفى إطار نتائج البحث الآنف ومع تقديرنا التام وفهمنا للمستقر من أن المحكمة لا تتدخل فى السياسة التشريعية ولا تلزم المشرع بتشريع معين، نرى أنه من الصالح تعديل اللائحة الداخلية لمجلس الشعب وإنشاء لجنة مستقلة يمكن تسميتها لجنة المحكمة الدستورية العليا تكون مهمتها المتابعة الدقيقة والفهم الشامل لأحكام محكمتنا الموقرة وخاصة تلك القاضية بعدم الدستورية لتوصى بما يلى :

أ – الإلغاء الرسمى للقانون المقضى بعدم دستوريته إذ لا معنى لاستمرار وجوده بعد إبطاله من قبل المحكمة .

ب – اقتراح مشروع القانون الذى يتلافى العوار الدستورى الذى ألم بالقانون المقضى بعدم دستوريته إذ قد تقتضى ظروف الحال عدم الحاجة لإصدار قانون فى هذا الشأن يعيد تنظيم الأمر كلية .

جـ – تضمن ديباجة أى قانون يصدر استناداً لما فى ذكر فى (أ أو ب) ما يفيد الاطلاع على الحكم الصادر من المحكمة الدستورية والمسبب للأمر ، وفى هذا إرجاع الفضل لأهله من ناحية، ومن ناحية أخرى توثيق دور المحكمة وتعضيده فى عين كل من يطلع على القانون .

د – تطبيق المبادئ السامية التى تقررها محكمتنا على القوانين المشابهة ليقوم مجلس الشعب بإلغائها أو إصلاح عوارها حسب الأحوال ، دون انتظار حكم من المحكمة بشأنها إذ قد يستغرق ذلك الأمر سنين عددا، وليس من مصلحة استقرار الأوضاع الابقاء على قانون منتظر القضاء بعدم دستوريته مستقبلا والأمر كله مرده إلى الوقت والظروف .

ونرى أن هذا الدور الأخير هو أهم أدور اللجنة المقترحة على الإطلاق.

ولو كان مجلس الشعب يقوم بدوره المقترح فى البند (د) – حقا – ما وجدنا ذلك الكم من القوانين غير الدستورية والتى لا زال معمولا بها حتى تاريخه.

ونذكر مثالا لذلك القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ بشأن الغرف التجارية والذى يقصر بمادتيه الخامسة والسابعة حقى الانتخاب والترشيح لتلك الغرف للتجار الذكور دون الإناث .

ومن الطلى أن قانونا هذا حاله يكون مشبوهاً بالبداهة فى دستوريته من واجهته .

ونرى أن ما قضت به المحكمة بحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق بعدم دستورية المادة ٤٥ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ من ألا تزيد على مدة معينة مدة الإجازة السنوية التى يجوز أن يضمها العامل ولو كان الحرمان من هذه الإجازة فيما جاوز من رصيدها هذا الحد الأقصى عائدا إلى رب العمل، يقتضى من المشرع والحال كذلك توحيد الأمر وتعديل ما ماثل النص الآنف بالقانونين رقمى ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين المدنيين بالدولة و ٤٨ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين بالقطاع العام .

والأمر واضح بحيث لا يجب التخاذل فيه.

١١ – إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد انتهت إلى اقتصار ولايتها على الأحكام الشرعية القطعية – ثبوتا ودلالة ، لمراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، أما الأحكام الظنية فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة ، لكفالة صون المقاصد العامة لها ، فإننا نرى أنه فى إطار تلك المهمة التى قيدت المحكمة نفسها بها، فإن الأمر يحتاج إلى الاستعانة برأى رجال الدين ، لذا نقترح تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بحيث يجب أخذ رأى المفتى فى كل طعن جدى من وجهة نظر المحكمة الدستورية العليا يتعلق بمخالفة نص ما للشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة الثانية من الدستور بعد تعديلها سنة ١٩٨٠. وإذا كان قانون الإجراءات الجنائية يلزم أخذ رأى المفتى قبل الحكم بالإعدام فإننا نعتقد أن إعدام مجرم فى جريمة ما ليس أبلغ شأنا ولا أعظم أثرا من إبطال نص ما .

وبعد فإن الذى دفعنا إلى تقديم الاقتراحات المتعلقة بتقوية المحكمة إنما مرده إلى أن مصرنا

الحبيبة تنتمى لدول العالم الثالث ، ويكاد يكون من الصعب السيطرة على النظام الانتخابى بما يؤدى لتمثيل صحيح للسلطة التشريعية يعبر حقا عن الإرادة الشعبية .

وعلى ذلك فمن غير المتصور إلا أن يكون المجلس التشريعى أداة طيعة فى يد السلطة التنفيذية التى تشكل من الحزب الحاكم.

وما دامت أحزاب المعارضة ليست ذات شأن داخل المجلس التشريعى فليس من المتصور أن يكون لها دور فى التشريع ، وإن كانت – حقا – قد ساهمت فى بعض الأحيان فى إحداث قضايا دستورية هامة .

فإذا صار الأمر على ذلك النحو فلا يمكن أن نجعل المحكمة الدستورية العليا تتصدى للقوانين غير الدستورية التى هى فى أكثرها ناجمة عن فكر وتأثير السلطة التنفيذية ، دون أن نقوى هذه المحكمةقدر الإمكان لتحقيق التوازن المطلوب.

وتقوية المحكمة وتوفير كافة الإمكانيات لهاليس مستغربا بل هو موجود فى دول العالم الأول أيضا، وآية ذلك أنه ما يكاد الرئيس الأمريكى ينتخب حتى سرعان ما تنتهى مدة ولايته المقدرة بأربع سنوات ، بينما نجد أن رئيس وقضاة المحكمة العليا هناك مدة خدمتهم مدى الحياة.

كما أن رئيس المحكمة الدستورية الألمانية أصبح يتساوى مع رئيس البرلمان فى التزام الدولة بتوفير طائرة خاصة له فى تنقلاته.

وجريا وراء ذات السياق يقترح[45] أحد الفقهاء تعديل اختصاص المحكمة الدستورية العليا لتستوعب الطعن فى مدى دستورية الأحكام النهائية والباتة التى تمثل مصدرا من مصادر الشرعية والتى ينازع فى دستوريتها، ونحن من جانبنا لا نملك إلا رفض هذا الاقتراح لأنه وأيما كانت الأسباب التى ينبنى عليها فإن مؤداه العصف باستقلال القضاء وهدم أركانه إذ يجعل هذا الاقتراح من الأحكام مجرد توصية ويجعل المحكمة مهيمنة على النظام القضائى المصرى خلافا لنص المادة (١٧٥) من الدستور، وقد كان ذلك سببا رئيسيا لسحب مشروع قانون المحكمة المقدم لمجلس الشعب قبل مشروع القانون الحالى والذى انطوى على نص مقارب على النحو الذى ذكرناه سلفا [46].

ورغم أننا نؤمن بضرورة تقوية المحكمة قدر الإمكان إلا أن ذلك لا يصل بنا أبدا إلى الشطط فى ذلك ، إذ لا بد من تذكر مبادئ التقيد الذاتى وخطأ الاعتقاد فى السيادة القضائية المطلقة للمحكمة أو أن المحكمة هى الدستور ، إذ نظن أن هناك خيطا رفيعا يصل الإفراط فى الرقابة بالتفريط فيها يجب التنبه إليه والتعامل معه بدقة، كما يجب تذكر مبدأ الحوار[47] الدستورى سالف الإشارة.

هذا واحترام حجية الأحكام القضائية وارد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية ولا يجوز أبداً اقتحامه والإخلال به .

والتقدم الحقيقى لأى نظام دستورى يقاس بقدرة هذا النظام على إصلاح أخطائه وتدارك عثراته من خلال آليات وتركيبات تنظيمية تتولى من داخله إصلاح تلك الأخطاء ، ووجود المحكمة الدستورية العليا عندنا يشكل الضمان الأكبر لالتزام المشرع حدود الدستور ولتوفير الضمانات الفعالة فى حماية الحقوق والحريات ، ومن ثم لا ينبغى لأحد أن يضيق بالمحكمة أو يذهل من دورها الدستورى(48) .

وحتى كتابة هذه السطور لازالت محكمتنا الدستورية تسمو فوق كل الهامات وتنطلق بوقود الحق والعدل وضمير شيوخها الأجلاء الذين يزنون الأمور بموازين دقيقة وحساسة للتغيرات الاجتماعية

والاقتصادية والسياسية وذلك لمواكبة التطلعات نحو الغد المأمول والمستقبل الأفضل على مشارف القرن الواحد والعشرين .

والمحكمة مقدامة لا تخشى فى الحق لومة لائم دون إفراط أو تفريط رغم أنها أكثر محاكمنا احتكاكا بالسلطة .

وإذا كانت هناك أصوات تسعى للنيل من المحكمة كلما حانت لها الفرصة فإن الله الذى حفظ أرض الكنانة حفظ حامية الكنانة - محكمتنا المبجلة - من كل سوء.

وقد شهدت الساعات الأخيرة من عام ١٩٩٧ هزيمة منكرة لخصوم الديمقراطية حينما رفضت لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب مشروع قانون يستهدف تعديل قانون المحكمة بما يجعل حكمها بعدم الدستورية يمكن التغلب عليه بالأغلبية العادية بالمجلس.

ولا بد أن عين الله الساهرة هى التى حالت دون تمرير هذا المشروع الآثم.

ونأمل أن تفشل مستقبلا كل المحاولات التى تحاول النيل من الدور الدستورى للمحكمة، إذ إن تلك المحاولات فى حقيقتها لا تمثل خطأً قانونيا فحسب وإنما كفراً قانونيا - إن جاز هذا التعبير .

هوامش الباب الخامس

(1) راجع :
Roland Kahn, The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution, 1 Detroit College of Law Review, 1994 , p. 16 . s.

(2) راجع عرض تفصيلي للنظرية التي نادى بها دال :
Robert Dahl, Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker. 6J. P.L. 279-285 (1957).

(3) راجع في استعراض تفصيلي لنظريات جيرالد روزنبرج ومارك جرابر ومارتن شابيرو
Ronald Kahn , The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution, Op. cit, p. 22 .s.

(4) راجع : Planned Parenthood v. Casey , 112 S.Ct . 2791 (1992).

(5)ونص العبارة حرفيا:
Some of us as individuals find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot contnol our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code.

راجع تلك العبارة بالمرجع السابق، ص ٢٨٠٦

(6)ونص عبارته حرفيا والتي وردت في رأيه المؤيد للحكم:
"What has happened today should serve as a model for future Justices and as a warning to all who have tried to turn this Court into yet another political branch"

راجع تلك العبارة في المرجع السابق، ص ٢٨٤٥ .

(7) من هذه القضايا قضية Criswold v. Connecticut والتي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية القانون الذي يحرم استعمال وسائل منع الحمل بواسطة الأزواج بحسبانه يمثل انتهاكا للحقوق الأساسية للزوجين في الخصوصية . راجع في تفاصيل تلك القضية . (1965) 479 . 381 U. S، كما سبق للمحكمة أن قررت في قضية لاحقة "Eisenstadt v. Baird" عدم دستورية قانون صادر عن إحدى الولايات يحرم توزيع وسائل منع الحمل على غير المتزوجين إذ وجدت الأغلبية ن هذه المعاملة لغير المتزوجين تنتهك فقرة الحماية المتساوية .

– راجع تلك القضية في (1972) 438 .405 US .

(8) راجع مقالة :
Lockland H.Bloom , Jr. Taking the People Seriously , 79 Cornell L.R. , 1994 , p. 886 - 887 .

(9) من ضمن أحكام القرن العشرين سلسة المعنى قضية براون سنة ١٩٥٤ وقضية
Powell v. Alabama , 287 U.S 45 (1932) .

(10)من ضمن القضايا صعبة الفهم قضية :
Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S . 490 (1989).
وقد اعتبرها الفقيه جولد شإن في مؤلفه The Intelligible Constitution ، مثالا للأحكام المعيبة. راجع ذلك في مقالة . Lockland H. Bloom , Jr. Op.cit , p 887

(11) حرصنا بصدد معظم أحكام المحكمة العليا الواردة بهذه الرسالة على الإشارة بهامشها إلى كيفية العثور على تلك الأحكام بتلك المجموعة القيمة .

(12)ومثال ذلك الحكم في قضية فورمان المتعلقة بعقوبة الإعدام حيث كتبت أراء القضاة في (٢٣١) صفحة ، راجع في ذلك .
Furman v. Georgia , 408 U.S . 238 (1972) .

(13) راجع مقالة :
Abner J. Mikva , The Care And Feeding Of The United States Constitution ,91 Michigan L.R. , May 1993, p 1133.s.

(14) ومثال ذلك أنه في قضية :
Payne v. Tennessee,111 S. Ct. 2597 , 2619 (1991) .
اتهم القاضي مارشال الصغير الأغلبية بأنها تمارس سلطاتها بلا منطق وبصورة تدعو إلى المقاومة الجامحة للسوابق ، وفي قضية :
Webster v. Reproductive Health Services . 492 U.S 490 - 537 (1989) or 109 S Ct 3040 (1989)
هاجم القاضي سكاليا القاضية ساندرا لعدم رغبتها في إلغاء سابقة رو، وفي ذات القضية اتهم بلاكمان الأغلبية بعدم الأمانة وسوء النية، وفي قضية:
City of Richmond , 488 U.S 469 (1989) .
اتهم القاضي مارشال الصغير الأغلبية بأنها بارعة في خداعها.

(15)رأس السيد المستشار الدكتور / عوض المر المحكمة اعتبارًا من ١ / ٧ / ١٩٩١ .و حتى ك١٩٩٨/٧/١.

(16)راجع مستشار د/ عادل عمر شريف ، المحكمة العليا وتطوير الأداء القضائي ، الأهرام ، ١٢/١٦ / ١٩٩٦ .

(17) راجع بحث د/ كمال أبو المجد ، محكمة وران والحريات العامة ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٤٨، العددان الأول

والثاني، ١٩٧١ .
(18) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق دستورية ، جلسة ٢ / ٢ / ١٩٩٧ .
(19) راجع في ذلك بحث الأستاذ / محمد ماهر محمد على المقدم بندوة صناديق الاستثمار فى مصر بعنوان تجربة صناديق الاستثمار فى مصر ، جامعة الأزهر ، غير منشور.
(20)راجع حكم المحكمة فى الدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٩٧ .
(21)فى ذلك تصريح السيد إسماعيل حسن / محافظ البنك المركزى ، الأهرام ٢٣ / ١٢ / ١٩٩٧ .
(22)حكم المحكمة فى الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٧ .
(23) راجع تحليل أحكام المحكمة المتعلقة بالعلاقات الإيجارية ص٤٠٧وما بعدها من هذه الرسالة .
(24)راجع د/ أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات « الطبعة الرابعة» ، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٠ ، ص ٧٨ ، ٧٩ ، بند ٣٦ .
(25) راجع د/ وهيب عياد سلامه ، أسلوب اصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها ، المرجع السابق، ص ٥٠ – ٥٢ .
(26) من ذلك كثير من الآراء المحتجة للقاضى هولمز وبراندىز .
(27)راجع فى الطريقة المقترحة لاشتراك السلطات الثلاث فى تشكيل المحكمة ص ١٥٥ – ١٥٨ و ص ١٧٢ من هذه الرسالة .
(28) الإمام أبو حنيفة يجيز للمرأة أن تقضى فيما تصح شهادتها فيه كما أن ابن جرير الطبرى قد أجاز قضاءها فى جميع الأحكام ، وهذا يثبت أن المسألة خلافية.
- راجع د/ سليمان الطماوى ، السلطات الثلاث ، المرجع السابق ص ٤٧٥ ، هامش ص ٤٨٩
- د/ جمال العطيفى، اراء فى الشرعية وفى الحرية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠ ، ص ٢٢٠، ٢٢١ .
(29) الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، ملف رقم ١٣ / ٩٧٦ .
(30)يراجع فتوى اللجنة الثالثة بقسم الفتوى بجلستها المنعقدة فى ٤ / ٤ / ٨٨ .
(31) راجع د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، طبعة ١٩٨٤ ، ص ٢٦ ، ٢٧ .
(32) تطبق المحكمة الدستورية العليا هذا المعيارعلى نفسها بوصفه من قبيل القيود الذاتية القضائية فتؤكد أنه على المحكمة الدستورية « وكشرط أولى لمارستها رقابتها الدستورية – أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تاويل النص التشريعى المطعون عليه، على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته ».
راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٤ / ٨ / ١٩٩٤، الجزء السادس، ص ٣٣٢ .
(33) راجع الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، ملف رقم ٤٧ / ٢ / ٤١٧ .
(34) ينص الدستور فى المادة (١١٤) منه على أنه :
يقر مجلس الشعب الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ويحدد القانون طريقة إعداد الخطة وعرضها على مجلس الشعب.
وينص فى المادة ١٢١ منه على أنه :
لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب.
(35)راجع الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقم ١٣/٢/١ جلسة ١٩٨٢/٤/٢١، ملف رقم ١١/١٤/٥٤ جلسة ١٩٨٤/٨/١، الموسوعة الادارية الحديثة ، الجزء ١٩، ص ٧٦٠، ٧٦١.
(36)ينص القرار الجمهورى ١١٥ لسنة ١٩٦٨ فى مادته الأولى على أن « يؤذن لوزير الخزانة نيابة عن الحكومة فى أن يضمن الهيئات العامة والمؤسسات العامة فيما تحصل عليه من قروض وذلك بالشروط والأوضاع التى يحددها بقرار منه» .
(37) راجع ملف الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٧ / ٢ / ٥٤١ .
(38) راجع افتراض البراءة بالباب الثالث من هذه الرسالة ص ٢٠٩ وما بعدها.
(39) يتشرف الباحث بأنه أعد التقريرين المتعلقين بالمثال الأول والثالث وشارك فى إعداد تقرير المثال الثانى ، حيث أخذت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بالرأى الذى رجحه.
(40) اكدت المحكمة الدستورية العليا المعنى الآنف عندما قضت بأن « الشرعية الدستورية التى تقوم المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقيد بها ، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور ، وتتبوأ هذه الشرعية من البنيان القانونى فى الدولة القمة من مدارجه ، وهى فرع من خضوع الدولة للقانون والتزامها بضوابطه ولا يجوز بالتالى لأية محكمة أو هيئة = = اختصها المشرع بالفصل فى نزاع معين فصلا قضائيًا – وأيا كان موقعها من الجهة القضائية التى تنتمى إليها – إعمال نص تشريعى لازم للفصل فى النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية . ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التى تتولى دون غيرها الفصل فى المسائل الدستورية ، لتقول كلمتها القاطعة فيها ، بما مؤداه أنه كلما بدا لأية جهة أو هيئة أولاها المشرع سلطة الفصل فى الخصومة بأكملها أو فى بعض جوانبها ، أن التعارض المدعى به أمامها بين النص التشريعى الأدنى والقاعدة الدستورية التى تحتل مرتبة الصدارة بين قواعد النظام العام، محمولا على أسس تظاهره من وجهة مبدئية غير متعمقة دخائل المطاعن الدستورية فلا يجوز لهذه الجهة أو الهيئة ، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور، ولا أن تنحيها جانبًا بل يتعين عليها – ولو كان بحثها منحصرًا فى مسائل القانون دون غيرها – إما أن تحيل بنفسها ما ارتأته من تعارض بين نص تشريعى وقاعدة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا ليكون قضاؤها فى شأن هذا التعارض قولا فصلا ، وإما أن توفر للخصم الذى دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعى ، وكان دفعه جديًا ، مكنه عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تخويلها إياه حق رفعها إليها خلال الأجل الذى تحدده

راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، الجزء الخامس المجلد الثانى ، ص ٣٤٣ .
ولعل المرء يتساءل عن كيفية إعمال وتطبيق ما نادى به هذا الحكم القيم إذ كان الفكر الدستورى لدى قاضى الموضوع غير كاف ، وهو الأمر الذى يحبذ ويدعو إلى ضرورة العمل على تطويره.

(41) راجع المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٢٤ لسنة١ ق « تنازع» ، مجموعة الجزء الأول، ص ٢٧٩ .

(42) راجع فى شرح هذا العدول ص١٠٩ وما بعدها من هذه الرسالة

(43) راجع التفاصيل ص ٣٢٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(44) راجع الأحكام محل البحث – تفصيلا – بالباب التحليلى بهذه الرسالة ، ص ١٨٩ وما بعدها.

(45)راجع رسالة د/ مجدى المتولى السيد يوسف ، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٠ ، ص ٣٨٤ – ٣٨٧ حيث يقترح النص الآتى:
لرئيس الدولة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب رؤساء المؤسسات الدستورية استنادا إلى المادة ٧٣ من الدستور أن يحيل إلى المحكمة الدستورية العليا أى حكم عينى يكون فاصلا فصلا باتا فى خصومة الدولة طرفا فيها لتقرير مدى دستوريته على أن يتم ذلك فى غضون مدة ستين يوما من تاريخ صدور الحكم باتا وتبدى المحكمة الدستورية العليا رأيها فى دستورية ذلك الحكم فى مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ إحالته اليها ويكون رأى المحكمة ملزما لجميع مؤسسات الدولة.

(46) راجع الهامش رقم ١٢١ ص ٨١ من هذا الكتاب .

(47) راجع ص٣٣٢ – ٣٣٤من هذه الرساله

(48) راجع د. كمال أبو المجد ، دور المحكمة الدستورية فى حماية الحقوق والحريات ، الأهرام، ٢٧/٢/ ١٩٩٦ .

ب - أبحاث وتعليقات ومقالات وأحاديث

د/ أحمد فتحى سرور

حديث بعنوان:

مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية وليست هناك نية مبيتة ضدها .

حديث لمجلة المصور ، العدد ٣٧٢٧ ، بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٩٦ .

د/ أحمد كمال أبوالمجد

- المذكرتان الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية بتاريخ ٥/٤/١٩٩٠ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٩٠ .

محاضرة بندوة استقلال القضاء.

مجلة القضاة، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وحق الحاضنة فى مسكن الزوجية.

الأهرام، ٨ / ٢ / ١٩٩٦ .

- دور المحكمة الدستورية فى حماية الحقوق والحريات .

الأهرام، ٢٧ / ٢ / ١٩٩٦ .

مقالتـــــان بعنوان :

- المحكمة الدستورية وحدود سلطتها.

الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢ / ٦ / ١٩٩٧ .

أ/ أحمد كمال خالد

حـــديث بعنوان :

حكاية المحامى الذى كان وراء حل مجلس الشعب .

مجلة أكتوبر ، ٢٧ / ٥ / ١٩٩٠ .

المستشار السيد على السيد

رقابة القضاء لدستورية القوانين .

مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول .

د/ جلال إبراهيم

مقالة بعنوان:

بعض الملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ .

الأهرام ، ٨ / ٥ / ١٩٩٧ .

د/ جمال العطيفى

ملاحظات حول المحكمة العليا .

مجلة المحاماة ، العدد الأول ، السنة ٥٠ .

الملاحق

- المراجع
- بيان لأهم المختصرات
- الفهرس

المراجــع *

أولا : باللغة العربية

أ - المؤلفات العامة والرسائل

مستشار د / إبراهيم محمد حسنين

رسالة/الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى ج.م.ع وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وأثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا.

دار أبو الفضل ، ١٩٩٦.

د./أحمد أبو الوفا

نظرية الأحكام فى قانون المرافعات .

الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، ١٩٨٠ .

د/أحمد فتحى سرور

الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية .

دار النهضة العربية، ١٩٩٥ .

د/أحمد كمال أبو المجد

رسالة /الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية ومصر. دار النهضة العربية، ١٩٦٠.

أ/أحمد كمال حسن خالد «المحامى»

الصراع مع ترزية القوانين ، ثلاث سنوات دفاعا عن الدستور.

دار النصر للطباعة الإسلامية ،١٩٨٩.

د/ السيد صبرى

مبادئ القانون الدستورى

الطبعة الرابعة ، مكتبة عبد الله وهبة ، ١٩٤٩.

د/بطرس غالى ،د/محمود عيسى .

المدخل فى علم السياسة .

الطبعة السادسة ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ١٩٨٢.

د/ثروت بدوى

– النظم السياسية .

الجزء الأول ، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.

– القانون الدستورى

دار النهضة العربية ، ١٩٧١ .

*** القائمة المثبتة بالمتن تضم أهم المراجع ، وثمة مراجع عديدة أخرى اكتفينا بصددها بالإشارة إليها فى مواضع الاسترشاد بها .**

د./جمال العطيفى

آراء فى الشرعية وفى الحرية .

الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٠ .

د./جورجى شفيق سارى

– اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير «النطاق – الشروط – الأثر». دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

– الحماية القضائية فى مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة ٧٤ من الدستور .

دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

مستشار د / حنفى على جبالى

رسالة / المسئولية عن القوانين «دراسة مقارنة».

جامعة عين شمس ، ١٩٨٧ .

أ - خليل جريح

الرقابة القضائية على أعمال التشريع .

مطبعة الجبلاوى ، ١٩٧١ .

د/رؤوف عبيد

الرقابة على الدستورية والشرعية فى المواد الجنائية .

مطبعة الاستقلال الكبرى ، ١٩٧٩.

د/رمزى طه الشاعر

– الأيديولوجية وأثرها فى الأنظمة السياسية المعاصرة

مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٧٩

– النظرية العامة للقانون الدستورى .

دار النهضة العربية ، ١٩٨٣.

د/ سامى جمال الدين

القضاء الإدارى .

دار الجامعات الجديدة للنشر بالإسكندرية ، بدون سنة نشر .

د/سعاد الشرقاى

النظم السياسية فى العالم المعاصر .

الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ .

وبالاشتراك مع المستشار د / عبدالله ناصف .

نظم الانتخابات فى العالم وفى مصر .

دار النهضة العربية ، مارس ١٩٨٤ .

د/سعد عصفور

– المبادئ الأساسية فى القانون الدستورى ، والنظم السياسية .

منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٠
- النظام الدستورى المصرى "دستور ١٩٧١".
منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠.

د/سليمان الطماوى

- قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام.
دار الفكر العربى ، ١٩٧٧ .
- السلطات الثلاث فى الدساتير المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى. الطبعة الخامسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ .

د/شمس ميرغنى

القانون الدستورى .
مطبعة دار التأليف ، ١٩٧٧ .

د/صلاح الدين فوزى

- المجلس الدستورى الفرنسى.
دارالنهضة العربية ، ١٩٩٢
- الدعوى الدستورية.
دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .

د/طارق فتح الله خضر

رسالة / دور الأحزاب السياسية فى ظل النظام النيابى .
جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ .

د/ طعيمة الجرف

شروط قبول الدعوى فى منازعات القانون الإدارى .
مكتبة القاهرة الحديثة ، بدون سنة نشر .

مستشار / طه أبو الخير

حرية الدفاع .
منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧١ .

د/ عادل عبد الرحمن خليل

- التفويض غير التشريعى فى القانون الأمريكى والمصرى . «دراسة تطبيقية». دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .
- الحكم المحلى فى الولايات المتحدة الأمريكية.
دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .
- مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية فى الولايات المتحدة الأمريكية ومصر.
دار النهضة العربية ، ١٩٩٥.

مستشار د /عادل عمر شريف

رسالة / قضاء الدستورية «القضاء الدستورى فى مصر» .

مطابع دار الشعب بالقاهرة ، ١٩٨٨.

د/عبدالحميد متولى

- مشكلة إصلاح نظام الانتخاب فى مصر.

مطبعة دار نشر الثقافة ، ١٩٤٨ .

- الوسيط فى القانون الدستورى.

الطبعة الأولى ، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، ١٩٥٦ .

د/عبد الرزاق السنهورى

الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد(٣) ،

دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٨ .

د/عبد السلام ذهنى

مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة من الناحيتين الفقهية والقضائية .

مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٩ .

د/عبد العزيز محمد محمد سالمان

رسالة / رقابة دستورية القوانين

جامعة عين شمس ،١٩٩٤ .

د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد

الرقابة على دستورية القوانين « دراسة مقارنة ».

الولاء للطبع والنشر بشبين الكوم ، ١٩٩١ .

د/ عبد المنعم محفوظ

القضاء الدستورى فى مصر.

الطبعة الأولى ، بدون دار نشر ، ١٩٩١ .

د. عزيزة الشريف

دراسة فى الرقابة على دستورية التشريع .

مطبعة الفيصل بالكويت ، ١٩٩٥ .

د/ على السيد الباز

- رسالة / الرقابة على دستورية القوانين فى مصر.

دار الجامعات المصرية بالإسكندرية، ١٩٧٨ .

- الحقوق والحريات والواجبات العامة فى دساتير دول مجلس التعاون الخليجى مع المقارنة بمصر.

توزيع دار الجامعات المصرية، بدون سنة نشر.

د / على حسين نجيدة

الرقابة على دستورية القوانين - المحكمة الدستورية العليا - طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها.

دار الفكر العربى، بدون سنة نشر .

د / عمر حلمى

ملاحظات حول حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون الانتخاب رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ومشكلة تمثيل المستقلين.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .

د / عمرو فؤاد بركات

القوانين الأساسية « دراسة مقارنة » .

بدون دار نشر ، ١٩٨٨ .

- مبادئ القانون الدستورى « دراسة مقارنة » .

بدون دار نشر، ١٩٨٩ .

د / فتحى عبد النبى الوحيدى

رسالة / ضمانات نفاذ القواعد الدستورية .

جامعة القاهرة، ١٩٨٢ .

د / مجدى المتولى السيد يوسف

رسالة / أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية « دراسة مقارنة».

جامعة عين شمس ، ١٩٩٠ .

د / محسن العبودى

الاختصاص بالفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب .

دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .

د / محمد حسنين عبد العال

القانون الدستورى .

دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ .

د / محمد صلاح عبد البديع السيد

قضاء الدستورية فى مصر .

الطبعة الأولى ١٩٩٣ - ١٩٩٤ ، بدون دار نشر .

د / محمد طه بدوى

مبادئ القانون العامة والنظم السياسية الإدارية .

دار المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ .

د / محمد عبدالحميد أبو زيد

سيادة الدستور وضمان تطبيقه .

دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ .

د/ محمد عزمى البكرى

شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الإيجارات .

دار محمد للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ .

د/ محمد قدرى حسن

الاستفتاء فى النظام الدستورى المصرى.

بدون دار نشر ، ١٩٩١ .

د/ محمد كامل عبيد

رسالة / استقلال القضاء « دراسة مقارنة» .

الطبعة الأولى، مكتب چى چى للآلات الكاتبة ، ١٩٨٨ .

د/ محمد كامل ليلة

القانون الدستورى .

دار الفكر العربى ، ١٩٧١ .

الرقابة على أعمال الإدارة .

دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٠ .

مستشار د/ محمد ماهر أبو العنين

رسالة / الانحراف التشريعى والرقابة على دستوريته « دراسة تطبيقية فى مصر » .

جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ .

د/ محمد مرغنى خيرى

قضاء التعويض ومبدأ المسئولية المدنية للدولة والسلطات العامة .

(الكتاب الثانى)، بدون دار نشر، ١٩٩٤ .

مستشار / محمد نصر الدين كامل

اختصاص المحكمة الدستورية العليا.

عالم الكتب، ١٩٨٩ .

د/ محمود حافظ

القرار الإدارى .

الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر .

د/ مصطفى أبو زيد فهمى

الدستور المصرى فقهًا وقضاءً .

الطبعة التاسعة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ .

د/ نعمان الخطيب

رسالة / الأحزاب السياسية ودورها فى أنظمة الحكم .

جامعة عين شمس، ١٩٨٣.

د/ نهى عثمان الزينى

رسالة / مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية «دراسة مقارنة» .

جامعة القاهرة، ١٩٨٦ .

د/ هشام صـــادق

تنازع القوانين .

بدون دار نشر ، ١٩٨٤ .

د/ وحيد رأفت ، د/ وايت إبراهيم

القانون الدستورى .

المطبعة العصرية ، ١٩٣٧ .

د/ يسرى محمد العصار

شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفى الدعوى الدستورية «دراسة مقارنة». دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .

هذه الصفحة سقطت سهواً

ب - أبحاث وتعليقات ومقالات وأحاديث

د/ أحمد فتحى سرور

حديث بعنوان:

مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية وليست هناك نية مبيتة ضدها .

حديث لمجلة المصور ، العدد ٣٧٢٧ ، بتاريخ ١٥ / ٢ / ١٩٩٦ .

د/ أحمد كمال أبوالمجد

- المذكرتان الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية بتاريخ ١٩٩٠/٤/٥ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٩٠ .

محاضرة بندوة استقلال القضاء.

مجلة القضاة، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وحق الحاضنة فى مسكن الزوجية.

الأهرام، ٨ / ٢ / ١٩٩٦ .

- دور المحكمة الدستورية فى حماية الحقوق والحريات .

الأهرام، ٢٧ / ٢ / ١٩٩٦ .

مقالتـــــان بعنوان :

- المحكمة الدستورية وحدود سلطتها.

الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢ / ٦ / ١٩٩٧ .

أ/ أحمد كمال خالد

حـــديث بعنوان :

حكاية المحامى الذى كان وراء حل مجلس الشعب .

مجلة أكتوبر ، ٢٧ / ٥ / ١٩٩٠ .

المستشار السيد على السيد

رقابة القضاء لدستورية القوانين .

مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول .

د/ جلال إبراهيم

مقالة بعنوان:

بعض الملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ .

الأهرام ، ٨ / ٥ / ١٩٩٧ .

د/ جمال العطيفى

ملاحظات حول المحكمة العليا .

مجلة المحاماة ، العدد الأول ، السنة ٥٠ .

مستشار / جميل قلدس

مقالة بعنوان:

المادة ٦٠١ لا تجيز توريث عقود الإيجار .

الأهرام ، ٤ / ٤ / ١٩٩٧ .

د / سعاد الشرقاوى

مقالة بعنوان:

فى البحث عن الخطوة التالية.

الأهرام ، ٧ / ٧ / ١٩٩٠ .

مستشار / سعيد العشماوى

مقالة بعنوان:

الخطر فى تزيد أسباب المحاكم .

مجلة أكتوبر، ١٣ / ١٠ / ١٩٩٦ .

د / سليمان الطماوى

تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى مايو ١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية.

مجلة العلوم الإدارية ، السنة ٣٢، العدد الأول ، يونيو ١٩٩٠ .

الأساليب المختلفة لرقابة دستورية القوانين .

مجلة العلوم الإدارية ، السنة ٣٢ ، العدد الثانى ، ديسمبر ١٩٩٠ .

د / سمير تناغو

مقالة بعنوان:

لا تستعجلوا فى تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ .

الأهرام ، ٢٥ / ٣ / ١٩٩٧ .

مستشار طه أبو الخير

مقالة بعنوان:

المحكمة الدستورية وسؤال فى الامتحان .

الأهرام ، ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦ .

مستشار د / عادل عمر شريف

مقالتان بعنوان:

- حصن الشرعية الدستورية .

الأهرام ، ٣ / ١ / ١٩٩٦.

- المحكمة العليا وتطوير الأداء القضائى.

الأهرام ، ١٦ / ١٢ / ١٩٩٦ .

د / عبد الرزاق السنهورى

مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

مجلة مجلس الدولة ، يناير ١٩٥٢ .

مستشار / عبد المنعم إسحاق

مقالة بعنوان:

ما مصير الشركات القائمة فى الأماكن المؤجرة ؟.

الأهرام، ١٩ / ٧ / ١٩٩٦ .

مستشار / عزيز أنيس

مقالة بعنوان:

شروط الطعن بالنقض على أحكام المحكمة العليا للقيم،

الأهرام، ٢١ / ٢ / ١٩٩٧.

مستشار / على الصادق

بحث بعنوان:

رقابة القضاء على السلطة التشريعية

مذكرات مطبوعة بالمركز القومى للدراسات القضائية .

مستشار د / عوض محمد عوض المر

مقدمة الجزء السادس *لأحكام المحكمة الدستورية العليا*

حديث بعنوان

« دعم المحكمة الدستورية ضمانة جوهرية للديمقراطية ».

المصور، العدد ٣٧٢٨ ، ٢٢ / ٣ / ١٩٩٦ .

مستشار / محمد السيد زهران

الرقابة على دستورية القوانين فى إيطاليا .

مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الأول ، السنة الرابعة عشر .

مستشار/ محمد حامد الجمل

حديث بعنوان:

المنع بأمر المحكمة .

الأهرام ، ١٢/١٠/١٩٩٦

د / محمد عصفور

مقالة بعنوان:

هل تحول القضاء الدستورى إلى قضاء سياسى؟.

الوفد، ١٧ / ٧ / ١٩٩١

أ/ محمد ماهر على

تجربة صناديق الاستثمار فى مصر.

بحث مقدم لندوة صناديق الاستثمار فى مصر ، المنعقدة بتاريخ ٢٢ / ٣ / ١٩٩٧ بجامعة الأزهر ، مركز صالح عبدالله

كامل للاقتصاد الإسلامى.

د / محمود عاطف البنا

الرقابة القضائية على دستورية اللوائح .

مجلة القانون ، العددان الأول والثانى ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .

مفاهيم أساسية حول الحكم ببطلان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذه ، مجلة القضاة، عدد يناير – يونيو ١٩٩٠ .

د / مصطفى أبو زيد فهمى

مقالتان بعنوان:

– نحو نقد علمى لقضاء المحكمة الدستورية العليا .

الأهرام ، ١٧ / ٦ / ١٩٩٦ .

– نعم المحكمة الدستورية العليا خالفت الدستور والقانون.

الأهرام ، ١ / ٧ / ١٩٩٦.

د / مصطفى كمال وصفى

طبيعة اختصاصات المحكمة العليا .

مجلة المحاماة ، العدد الرابع ، السنة ٥٠ ، إبريل ١٩٧٠ .

دكتور / يحيى الجمل

بحث بعنوان:

– الحماية القضائية للحق فى المشاركة السياسية .

مقدم لمؤتمر دور القضاء فى حماية حقوق الإنسان، القاهرة ، ديسمبر ١٩٩٦ .

مقالة بعنوان:

– المحكمة الدستورية العليا .

الأهرام ، ٢٩ / ٣ / ١٩٩٧ .

المترجمات

آلان مارنسورث

مدخل إلى النظام التشريعى فى الولايات المتحدة، ١٩٨٨ .

ترجمة د / رائد السمرة ، سنة ١٩٩٠ ، مركز الكتب الأردنى .

برنارد شفارتز

القانون فى أمريكا، ١٩٧٤ .

ترجمة المستشار ياقوت العشماوى ، سنة ١٩٨٠ ، دار المعارف .

چان چاك روسو

العقد الاجتماعى.

ترجمة عادل زعير ، دار المعارف بمصر ١٩٥٤.

فريدو. فرندلى ، مارتاج هـ - اليوت

قضايا دستورية ، ١٩٨٤ .

ترجمة المستشار ياقوت العشماوى ١٩٨٨ ، دار المعارف .

ماكس سكيدمور ، مارشال كارتر وانك

كيف تحكم أمريكا .

الطبعة الثالثة ، ترجمة نظمى لوقا، محمد على ناصف ١٩٨٨ ، الدار الدولية للنشر والتوزيع .

(د) مجموعات والأحكام والمبادئ القانونية الدستورية

مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا « **المجموعة الرسمية الصادرة عن المحكمة** » .

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا « **المجموعة الصادرة عن الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية**» .

- مستشار / أحمد هبّة .

- موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية من يوليو سنة ١٩٨٧ حتى يوليو سنة ١٩٩٥ ،

الطبعة الأولى ، ١٩٩٥ ، بدون دار نشر .

- مستشار / رجب عبد الحكيم سليم.

مجموعة الأحكام التى أصدرتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها حتى الآن، الكتاب الأول فى إيجار الأماكن .

الطبعة الأولى ، دار الطباعة الحديثة ، ١٩٩٧ .

- د/ على عوض حسن.

النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا وحتى يونيو ١٩٩٥ .

دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ .

أ/ هشام أنـــــور .

الوسيط فى الدستور المصرى وأحكام المحكمة الدستورية العليا .

أولاد عثمان للكمبيوتر وطباعة الأوفست، ١٩٩٤ .

مستشار / ياقوت العشماوى والمستشار / عبد الحميد عثمان .

أحكام وقرارات المحكمة العليا ، الجزء الأول ، فى الدعاوى الدستورية .

الهيئة العامة للكتاب، ١٩٧٣ .

ثانيا : باللغة الإنجليزية

Abney (L.D.);
Constitutional Interpretation : Moving Toward Ajurisprudance of Common Sens, 67 Temple, le Rev. (1994) :
Abrahm (J.H.) ;
The Judicial Process,
4th Ed., New York, Oxford University Press, 1980.
Alystyne (V.) ;
A critical Guide to Ex. Part McCardle,
15 Aziz L.Rev. 1973.
Baum (L.) ;
The Supreme Court, 2nd Ed., CQ Pressm
2nd Ed., CQ Press, 1985.
Bloom (H.L., JR) ;
Taking The People Seriously,
Vol. 79 : 885 Cornell. Law, Rev. 1994.
Bork (R.);
Neutral Principles and Some First Amendment Problems,
47 Indiana, L. Journal. (1971).
Brennan (J.W.) ;
The National Court, Appeals, Anather Diosent,
Chicago t. Rev. (Spring 1973).
Cirdazo (N.B.) ;
The Nature of the Judicial Process,
New Haven Yale University Press, (1921).
Cospar (D.J.) ;
Lawyers Before the Warren Court, Civil Liberties and Civil Rights, 1975 - 66,
Urbans : University of Illinoies Press, (1972).
Cgenerubijt (E.) ;
Is the Rehnquist Cour Realy taht Conservative ? : An Analysis of the 1991 - 92 Term.
26 Creghton L. Rev. 1993.
Cox (A.) ;
The Court And The Condition,
Haughtoon Mifflin Company
Crane (R. t.) ;
Family Values and the Supreme Court,
Vol. 25 : 393 Connectient L. Rev. 1993.

Dahl (R.) ;
Decision Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policty Maker,
J. Pub. Law, 1957.
Fisher (L.) ;
Constittional Structures : Separated Powers and Federalism, Vol. 1 Of American Constitutional Law,
Mc Graw Hill Publishing Company, 1990.
Gerhardt (J.M.) ;
A tole of two textualists : A critical comparison of Justices Back and Sealia,
Vol. 74, 25 Boston University, L. Rev. 1994.
Joldestein (J.);
The Intelligible Constitution. New York, Oxford University Press, 1992.
Gunthar (G.);
11th, Ed., The foundation Press, Inc. New York, 1985.
Kahn (R.) ;
The Supreme Court as a Countr Myoritarian Institution
Detroit College of Law Rev. (1994)
Levely (E.D.) ;
Judicial Review and the Consent of the Government , Actionist Ways and Popular Ends.
McForaland & Company, Inc. 1990.
The Constitution and Rce, Praeger, 1992.
Mann (J.) ;
Avagrant Takes thei Gausade to the Court,
The American Lawyer, January, 1983.

Season of Last Causes ;
The American Lawyer, November, 1983.
McKeever (J.R.) ;
Raw Judicial power ? The Supreme Court and American Society,
Manchester University and New York, 1993.
Mikva (J.A.) ;
The Care and Feeding of the United States Constitution, Vol. 91.112 Michegan L. Rev. May (1993).
Nelson (P.J.) ;
The Emergence oof Decontextualization in the equal protection Jurespruden se of the United States Supreme Courts Vol. 29 : 669 Williamette, L. Rev. (1993).
Schauer (F.) ;
Judicial Review of the Devices of Democracy, Vol. 94 : 1326 Columbia L. Rev. (1994).
Seiarrino (J.A.) ;

The Rehnquist Court's free Exercise Collison on the Peyate Road.
Vol. 23 : 265 Cumberland L. Rev. (1993).

Segal (J.A) and Speath (J.H.):;

The Supreme Court and the Attitudinal Model, Cambridge University Press, America, 1993.

Smith (E.C.) ;

Politics in Constitutional Law,
Nelson - Hal Publishers / Chicago, 1992.

Smith (E.C) and Jones (A.A.) ;

The Rehnquist Court's A critisim and the Risk of Injustice,
Vol 26 : 53 Connecticut L. Rev. (1993) .

Spoeth (J.H.) and Pronner (S.) ;

Studies in U.S. Supreme Court Behavior.

Stephenson (G. D, JR.) :

An essential safeguard, Essays on the United Stats Supreme Court and the Justices,
Greenwood Press, 1991.

Stone (R.G.) and others ;

Constitutional Law, 2nd Ed.
Little, Brown and Company, 1991

Willington (11.11.):

Interpretation the Constitution
Yale Unviersity Press, New Haven & London, 1990.

ثالثا : باللغة الفرنسية :

Barthelemy (J) et Luexz (P);
Traite de Droit Constitutinnel.
Liberaire Dalloz, Paris, 1933.
Burdeau (G.) ;
Droit Constitutionnel et institutions politiques,
17 eme Ed., L.G. D.J., Paris, 1976.
Abney (L.D.);
Corré de Malbery (B.)
Contribution à la Theorie Génerale de l'Etat,
t.2, Siery, Paris, 1922.
Dugiut (L.) ;
Jes Constitutionnel et Jes Principles lois politiques de la france Depuis, 1789,
L.G. D.J. Pars, 1932.
Duverger (M.) ;
Institutions politiques et Droit Constitutionnel,
8eme Ed., Rev. F. , Paris, 1965.
Hauriou (A.) et Gicquel (J.) ;
Droit Constitutioonnel et Institutions Politiques.
Septieme Ed., Editions Montehredian, Paris, 1980.
Laferriere (J)
Droit Constitutionnel,
Deuxième Edition, Editions Domat Montchrestien Paris, 1974.
Luchaire (F) et Conac (G.) ;
Ja Constitutions de la Republique française; 2eme Ed., Editions Economica, Paris, 1987.
Manuel de Droit Constitutionnel,;
Librarire du Recuel , Paris, 1949.

بيان لأهم المختصرات

- "U.S ." : United States Reports .

وهى المجموعة الرسمية لأحكام المحكمة العليا الأمريكية والرقم الذى يسبقها يشير إلى رقم المجلد والرقم الذى يليها يشير إلى رقم الصفحة التى ورد بها الحكم، أما الرقم الأخير فيشير إلى سنة صدور الحكم.

وحتى عام ١٨٨٢ كانت هذه المجموعة تعرف بأسماء المقررين "Reports" الذين تعاقبوا فى الإشراف على إعدادها للنشر مثل "Wallace" ويشار إليه اختصارا ".Wall" والرقم الذى يسبق الاسم حين إذ يشير إلى رقم المجلد الذى يوجد به الحكم والذى صدر فى عهد المقرر المذكور.

- "S.Ct ." Supreme Court .

وهى المجموعة غير الرسمية لأحكام المحكمة العليا الأمريكية، ونظرا لأن الحكم يحتاج إلى فترة طويلة قبل توثيقة بالمجموعة الرسمية «حوالى ١٨ شهرا من تاريخ صدورة»، فإنه يظهر ابتداء بتلك المجموعة غير الرسمية، وتتبع ذات القاعدة الآنفة فى الإشارة إلى الحكم.

- "Annals" : Annual Registration of Records.

- "A": Political Sciences Categorization in the American Journals,press and maga zines.

- " R ." : Recueil Des Arrêts Du Conseil d'Etat Recueil Lebon .

- " R.D. P." : Revue Du Droit Public et De la Science Politique.

الفهرس

قائمة إصدارات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

أولاً : سلسلة مناظرات حقوق الإنسان :

١ . ضمانات حقوق الإنسان في ظل الحكم الذاتي الفلسطيني (بالعربية والإنجليزية) : منـــال لطفــي ، خضر شقيرات، راجى الصورانى ، فاتح عزام ، محمد السيد سعيد.

٢ . الثقافة السياسية الفلسطينية – الديمقراطية وحقوق الإنسان : محمد خالد الأزعر ، أحمد صدقـــي الدجانى ، عبد القادر ياسين ، عزمى بشارة ، محمود شقيرات .

٣. ضمانات حقوق اللاجئين الفلسطينيين والتسوية السياسية الراهنة: محمد خالد الأزعر، سليم تمـلوي، صلاح الدين عامر، عباس شبلاق، عبد العليم محمد، عبد القادر ياسين.

٥ . الإصلاح الليبرالي المتعثر في مصر وتونس. جمال عبد الجواد، أبو العلا ماضي، عبد الغفار شكر، منصف المرزوقي، وحيد عبد المجيد.

تحت الطبع :

٤ . حقوق الإنسان في ظل النظم الشمولية – حالة السودان ١٩٨٩ – ١٩٩٤. علاء قاعود

ثانياً : كراسات مبادرات فكرية :

١ . الطائفية وحقوق الإنسان : فيوليت داغر.

٢ . الضحية والجلاد : هيثم مناع.

٣ . ضمانات الحقوق المدنية والسياسية في الدساتير العربية : فاتح عزام (بالعربية والإنجليزية).

٤ . حقوق الإنسان في الثقافة العربية والإسلامية : هيثم مناع (بالعربية والإنجليزية).

٥ . حقوق الإنسان وحق المشاركة وواجب الحوار : د. أحمد عبدالله.

٦ . حقوق الإنسان – الرؤيا الجديدة : منصف المرزوقى.

٧ . تحديات الحركة العربية لحقوق الإنسان : تقديم وتحرير : بهي الدين حسن (بالعربية والإنجليزية).

٨. نقد دستور ١٩٧١ ودعوة لدستور جديد: أحمد عبد الحفيظ

١٠ . المواطنة في التاريخ العربي الإسلامي : د. هيثم مناع. (بالعربية والإنجليزية).

ثالثاً : كراسات ابن رشد :

١ . حرية الصحافة من منظور حقوق الإنسان. تقديم : محمد السيد سعيد – تحرير : بهي الدين حسن.

٢ . تجديد الفكر السياسي في إطار الديمقراطية وحقوق الإنســـان : التيـــار الإســـلامي والماركســـي والقومي. تقديم : محمد سيد أحمد – تحرير : عصام محمد حسن. (بالعربية والإنجليزية).

٣ . التسوية السياسية : الديمقراطية وحقوق الإنسان. تقديم : عبد المنعم سعيد – تحرير : جمال عبد الجواد. (بالعربية والإنجليزية).

رابعاً : تعليم حقوق الإنسان :

١ . كيف يفكر طلاب الجامعات في حقوق الإنسان ؟ (ملف يضم البحوث التي أعدها الدارسون – تحت إشراف المركز – في الدورة التدريبية الأولى ١٩٩٤ للتعليم على البحث في مجال حقوق الإنسان).

٢ . أوراق المؤتمر الأول لشباب الباحثين على البحث المعرفي في مجال حقوق الإنسان (ملف يضم البحوث التي أعدها الدارسون – تحت إشراف المركز – في الدورة التدريبية الثانية ١٩٩٥ للتعليم على البحث في مجال حقوق الإنسان).

٣. مقدمة لفهم منظومة حقوق الإنسان. محمد السيد سعيد

خامساً: مبادرات نسائية:

١. موقف الأطباء من ختان الإناث. أمال عبد الهادي

٢. لا تراجع: كفاح قرية مصرية للقضاء على ختان الإناث . أمال عبد الهادي

مطبوعات دورية:

١ . " سواسية " : نشرة دورية باللغتين العربية والإنجليزية.

٢ . رؤى مغايرة : مجلة غير دورية بالتعاون مع مجلة MERIP .

٣ . رواق عربي : دورية بحثية باللغتين العربية والإنجليزية.

٤. قضايا الصحة الإنجابية: مجلة غير دورية بالتعاون مع مجلة Reproductive Health

إصدارات مشتركة :

أ– بالتعاون مع المجلس القومي للمنظمات غير الحكومية :

١ – التشويه الجنسي للإناث (الختان) : أوهام وحقائق / د. سهام عبد السلام

٢– ختان الإناث / أمال عبد الهادي

ب – بالتعاون مع المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (مواطن)

١ – إشكاليات تعثر التحول الديمقراطي في الوطن العربي / تحرير د.محمد السيد سعيد، د. عزمي بشارة

ج – بالتعاون مع جماعة تنمية الديمقراطية و المنظمة المصرية لحقوق الإنسان

١ – من اجل تحرير المجتمع المدني: مشروع قانون بشأن الجمعيات و المؤسسات الخاصة.

طبع بالمركز المصري العربي : ت ٥٨١٥٦٠٧

اطروحات جامعية

تأتي هذه السلسلة كتطور طبيعي للمهمة التي أخذها مركز القاهرة على عاتقه من دفع العمل البحثي في مجال حقوق الإنسان وخاصة في البحث عن مقاربات جديدة لدراسة قضية حقوق الإنسان بأبعادها المختلفة في العالم العربي.

وتستهدف هذه سلسلة من ناحية تشجيع الباحثين العرب على إعداد رسائل الماجستير والدكتوراه في مجال حقوق الإنسان، ومن ناحية أخرى سد فراغ المكتبة العربية في مجال الدراسات الأكاديمية في مجال حقوق الإنسان، وذلك من خلال نشر أبرز هذه الاطروحات وجعلها في متناول القارئ العربي.